This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Google

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

HDI
HL 1PMX R

...ГКА ДЛЯ САМООБРАЗОВАНІЯ

X.

Ф. РЕГЕЛЬСБЕРГЕРЪ

Общее учение о правѣ

A7
Rosel'sberger, F.
Obshchee uchenie...

HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 29 1931

2

БИБЛІОТЕКА ДЛЯ САМООБРАЗОВАНІЯ

ИЗДАВАЕМАЯ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

А. С. Бѣлкина, проф. *П. Г. Виноградова,* проф. *Н. Я. Грота,* проф. *М. И. Коновалова, П. Н. Милюкова, В. Д. Соколова* и проф. *А. И. Чупрова.*

X

Ф. РЕГЕЛЬСБЕРГЕРЪ

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ПРАВѢ.

БИБЛІОТЕКА ДЛЯ САМООБРАЗОВАНІЯ,

ИЗДАВАЕМАЯ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

А. С. Бѣлкина, проф. *П. Г. Виноградова*, проф. *Н. Я. Грота*, проф. *М. И. Коновалова*, *П. Н Милюкова*, *В. Д. Соколова* и проф. *А. И. Чупрова*.

Изданіе Т-ва И. Д. Сытина.

ВЫШЛИ ВЪ СВѢТЪ ВЫПУСКИ:

I. **В. Минто.** Дедуктивная и индуктивная логика. Перев. съ англ. *С. А. Котляревскаго*, подъ редакціей *В. Н. Ивановскаго*. XXIV + 540 + XIX. Ц. 1 р. 75 к. 2-е изданіе, исправленное и дополненное указателемъ.

Книга эта Ученымъ Комитетомъ Министерства Народнаго Просвѣщенія рекомендована для фундаментальныхъ и ученическихъ, старшаго возраста, библіотекъ среднихъ учебныхъ заведеній.

II. Исторія Греціи со времени Пелопоннесской войны. Сборникъ статей, перев. подъ редакціей *Н. Н. Шамонина* и *Д. М. Петрушевскаго*. Вып. I. XXVII + 451 + IV. Вып. II. XX + 502 + VI. Цѣна за оба вып. 3 р 50 к.

IV. **И. Ремсенъ.** Введеніе къ изученію органической химіи. Переводъ *Н. С. Дрентельна*, съ измѣненіями и дополненіями проф. *М. И. Коновалова*. XXIV + 479. Ц. 1 р. 75 коп.

V. **Шенбергъ.** Положеніе труда въ промышленности. Перев. *Михаила Соболева*, подъ редакціей проф. *А. И. Чупрова*. XII + 391 + VI. Ц 1 р. 60 к.

VI. **Кукъ.** Новая химія. Переводъ *А. В. Алехина*, подъ редакціей проф *М. И. Коновалова*. XXXII + 465 + VIII. Ц. 1 р. 75 к.

VII. **Б. Н. Чичеринъ.** Политическіе мыслители древняго и новаго міра. Вып. I. XIV + 469. Вып. II. 483. Цѣна за оба вып. 3 руб. 50 коп.

IX. **М. Ферворнъ.** Общая физіологія. Переводъ съ нѣм. проф. *М. А. Мензбира* и пр.-доц. *Н. А. Иванцова*. Вып. I XX + 518. Ц. за оба выпуска 4 р.

X. **Регельсбергеръ.** Общее ученіе о правѣ. Переводъ *И. А. Базанова*, подъ редакціей проф. *Ю. С. Гамбарова*. XIV + 295. Ц. 1 р. 40 к.

ПЕЧАТАЮТСЯ:

III Римская исторія. 2 выпуска.

VIII. **А. Бэнъ.** Психологія. 2 выпуска. Переводъ *В. Н. Ивановскаго*.

IX. **М. Ферворнъ.** Общая физіологія. Переводъ съ нѣм. проф. *М. А. Мензбира* и пр.-доц. *Н. А. Иванцова*. Вып. II.

XI. **Макъ-Кендрикъ и Снодграсъ.** Физіологія органовъ чувствъ.

XII. **Лексисъ.** Экономія торговли. Переводъ *Е. Е. Богданова*, подъ редакціей проф. *А. И. Чупрова*.

XIII. Русская исторія съ древнѣйшихъ временъ до Смутнаго времени. Сборникъ статей, изд. подъ редакціей *В. Н. Сторожева*. 2 выпуска.

XIV. **Лоренцъ.** Элементы высшей математики. Основы аналитической геометріи, дифференціальнаго и интегральнаго счисленія и ихъ приложеній къ естествознанію. Переводъ съ голландскаго съ дополненіями и измѣненіями *В. П. Шереметевскаго*.

XV. **А. Г Уоллэсъ.** Дарвинизмъ. Переводъ проф. *М. А. Мензбира*.

XVI. **Э. Порритъ.** Современная Англія. Права и обязанности ея гражданъ. Переводъ съ англ. *О. В. Смирнова*.

XVII. **Гексли** и **Мартинъ.** Практическія занятія по зоологіи и ботаникѣ. Переводъ съ англ., съ рисунками *И. А. Петровскаго* и *П. П. Сушкина*.

Ф. РЕГЕЛЬСБЕРГЕРЪ

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ПРАВѢ

ПЕРЕВОДЪ

И. А. БАЗАНОВА

ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

проф. Ю. С. ГАМБАРОВА

Типографія Высочайше утвержд. Т-ва И. Д. Сытина.

МОСКВА.—1897.

RUS

Дозволено цензурою. Москва, 27 февраля 1897 г.

SEP 29 1931

ОТЪ РЕДАКЦІИ «БИБЛІОТЕКИ ДЛЯ САМООБРАЗОВАНІЯ».

Въ послѣдніе годы въ русскомъ обществѣ замѣчается несомнѣнное усиленіе интереса къ самообразованію. Оживленіе издательской дѣятельности, устройство въ провинціи курсовъ и публичныхъ лекцій, появленіе въ Москвѣ и Петербургѣ кружковъ спеціалистовъ, ставящихъ своей задачей помощь самообразованію, — все это дѣлаетъ очевиднымъ, что потребность въ серьезномъ чтеніи сознается у насъ все болѣе и болѣе широкими общественными кругами. Къ сожалѣнію, популяризація знаній, необходимыхъ для всякаго образованнаго человѣка, далеко не идетъ вровень съ этимъ быстрымъ усиленіемъ спроса на чтеніе со стороны жаждущей просвѣщенія публики. Оригинальныхъ популяризаторовъ у насъ еще слишкомъ мало, а выборъ переводныхъ произведеній далеко не всегда дѣлается лицами, которыя бы соединяли въ себѣ пониманіе потребностей современнаго русскаго читателя съ хорошимъ знаніемъ иностранной популярной литературы. Отъ этого на нашемъ книжномъ рынкѣ такъ часто появляются книги, нужныя только тѣмъ, кто могъ бы прочесть ихъ и въ иностранномъ подлинникѣ; и наоборотъ, многихъ книгъ, которыя были бы нужны всякому образованному человѣку, на русскомъ языкѣ не существуетъ. Въ результатѣ, одинаково страдаютъ и интересы издателей, и интересы читающей пу-

блики. Не находя въ современной популярной литературѣ того, что имъ нужно, тѣ и другіе прибѣгаютъ, наконецъ, къ помощи старыхъ любимцевъ русской интеллигенціи. Перепечатка въ послѣдніе годы многихъ изданій шестидесятыхъ годовъ безспорно свидѣтельствуетъ какъ объ увеличеніи запроса на самообразовательное чтеніе со стороны читателей, такъ и о недостаткѣ на русскомъ языкѣ произведеній новѣйшей популярной литературы, которыя могли бы удовлетворить этому запросу.

Въ самое послѣднее время, однако, въ издательское дѣло начинаетъ замѣтно проникать свѣжая струя. Старыя и вновь возникающія фирмы принимаются за изданіе цѣлаго ряда серій популярныхъ книгъ для чтенія и самообразованія. Къ этого рода серіямъ принадлежитъ и «Библіотека для самообразованія». Но среди другихъ подобныхъ изданій она предполагаетъ занять свое особое мѣсто, въ связи съ той спеціальной цѣлью, которую она преслѣдуетъ. Эту цѣль, долженствующую сообщить всѣмъ томикамъ «Библіотеки для самообразованія» нѣкоторое внутреннее единство, редакція считаетъ нужнымъ особенно подчеркнуть.

«Библіотека для самообразованія» находится въ самой тѣсной связи съ московской «Комиссіей по организаціи домашняго чтенія», начавшей свою дѣятельность при «Учебномъ отдѣлѣ Общества распространенія техническихъ знаній» въ 1895 г. Редакторы «Библіотеки для самообразованія» всѣ состоятъ членами Комиссіи и принимаютъ участіе въ руководствѣ домашнимъ чтеніемъ по различнымъ отдѣламъ издаваемыхъ Комиссіей систематическихъ программъ.

Составляя эти программы, Комиссія, какъ видно

изъ ея проспекта, имѣла въ виду соединить общедоступность чтенія съ его серьезностью и основательностью. Съ этой цѣлью въ каждой программѣ указанъ тотъ *необходимый минимумъ* познаній, безъ усвоенія котораго ознакомленіе съ соотвѣтствующимъ отдѣломъ науки не можетъ считаться сколько-нибудь основательнымъ. *Всѣ* книги, необходимыя для пріобрѣтенія такого минимума познаній, указаны *на русскомъ языкѣ,* и почти всѣ онѣ доставляются читателямъ Комиссіей на льготныхъ условіяхъ (см. Правила для сношенія съ Комиссіей, перепечатанныя въ концѣ настоящаго тома). Относительно способа усвоенія *необходимыхъ* пособій даны въ программахъ ближайшія указанія; по всѣмъ почти отдѣламъ къ программамъ присоединены провѣрочные вопросы. Всѣ указанія Комиссіи дѣлаются такъ, чтобы ими могли воспользоваться лица трехъ категорій: 1) лица, вовсе не имѣвшія возможности пріобрѣсти правильнаго средняго образованія, но болѣе или менѣе привыкшія читать серьезныя книги популярно-научнаго содержанія; 2) лица, окончившія курсъ средней школы, но не получившія высшаго образованія, и 3) лица, окончившія высшую школу, которыя пожелали бы съ помощью Комиссіи освѣжить забытыя знанія, пополнить пробѣлы или пріобрѣсти новыя свѣдѣнія въ незнакомыхъ имъ отдѣлахъ наукъ. При составленіи программъ, Комиссія имѣла въ виду нѣкоторый средній уровень читателей; этотъ средній уровень характеризуется въ глазахъ Комиссіи не столько количествомъ пріобрѣтенныхъ свѣдѣній, сколько извѣстной привычкой къ серьезному чтенію. Умѣнье читать серьезную книгу есть необходимое условіе успѣшности

самообразованія. Къ сожалѣнію, это умѣнье принадлежитъ къ числу навыковъ, которые трудно передать съ помощью однихъ письменныхъ сношеній. Комиссіи поневолѣ приходится предполагать, что у ея читателей этотъ навыкъ уже составленъ.

Содержаніе книжекъ, издаваемыхъ въ «Библіотекѣ для самообразованія», находится въ прямой зависимости отъ намѣченныхъ Комиссіей цѣлей, какъ онѣ характеризованы въ приведенныхъ выдержкахъ изъ ея проспекта. Редакція «Библіотеки для самообразованія» предполагаетъ вводить въ свою серію только такія книги, каждая изъ которыхъ давала бы необходимый минимумъ познаній, безъ усвоенія котораго ознакомленіе съ соотвѣтствующимъ отдѣломъ науки не можетъ считаться сколько-нибудь основательнымъ. Другими словами, «Библіотека для самообразованія» будетъ состоять изъ ряда пособій, признанныхъ Комиссіей «необходимыми» для усвоенія ея систематическихъ программъ, но не существовавшихъ до сихъ поръ въ русской популярной литературѣ или же вышедшихъ изъ продажи, а также изданныхъ въ неудовлетворительномъ переводѣ. Съ подобными пробѣлами постоянно принуждена считаться всякая программа дла самообразованія; и чѣмъ она общѣе и энциклопедичнѣе, тѣмъ пробѣловъ оказывается больше, и тѣмъ необходимѣе становится создать литературу, спеціально приспособленную для самообразовательныхъ цѣлей, какъ ихъ ставитъ та или другая программа. Англійскія и американскія общества содѣйствія самообразованію уже стали на этотъ путь — созданія спеціально-приспособленныхъ къ программамъ пособій. Подобную же попытку предполагаютъ сдѣлать и редакторы «Библіотеки для

самообразованія». Въ тѣхъ случаяхъ, когда въ заграничной популярной литературѣ имѣются вполнѣ подходящія сочиненія, редакція будетъ переводить ихъ или переиздавать уже переведенныя книги; если же подходящихъ пособій не имѣется, редакція будетъ издавать сборники, хрестоматіи, компиляціи или оригинальныя произведенія, приспособленныя къ ея программамъ. Такимъ образомъ, руководители «домашняго чтенія» и ихъ читатели не будутъ зависѣть отъ случайнаго наличнаго состава популярной литературы, имѣющейся на русскомъ языкѣ, а читающая публика вообще получитъ рядъ общедоступныхъ руководствъ по всѣмъ отраслямъ общеобразовательныхъ знаній.

Благодаря содѣйствію издательской фирмы И. Д. Сытина, редакція имѣетъ возможность придать книжкамъ «Библіотеки для самообразованія» внѣшній видъ, соотвѣтствующій европейскимъ изданіямъ этого рода, не поднимая въ то же время цѣны изданія выше обыкновенной. Небольшой форматъ и прочный переплетъ должны отвѣчать назначенію «Библіотеки для самообразованія», цѣль которой — дать рядъ основныхъ пособій, предназначенныхъ для постояннаго употребленія.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предлагаемая книга проф. Геттингенскаго университета Фердинанда Регельсбергера составляетъ небольшую часть перваго тома обширнаго руководства, посвященнаго авторомъ изложенію общаго гражданскаго права, дѣйствующаго въ Германіи [1]). Она трактуетъ общіе вопросы права и представляетъ вполнѣ законченный очеркъ изученія ихъ.

Среди руководствъ по гражданскому праву книга проф. Регельсбергера въ той части, которая содержитъ общее ученіе о правѣ и является нынѣ въ русскомъ переводѣ, отличается очень важными достоинствами. Въ ней читатель найдетъ не сухой элементарный учебникъ, а изложеніе современнаго состоянія разработки общихъ вопросовъ о правѣ. Въ простой и ясной формѣ, свободной отъ реторическихъ украшеній, авторъ вполнѣ объективно излагаетъ и разбираетъ самые сложные и запутанные вопросы юриспруденціи, каковы, напр., вопросы о природѣ права, объ отличіи его отъ нравственности и родственныхъ ему явленій, о такъ называемомъ естественномъ и положительномъ правѣ, о юридическихъ нормахъ и ихъ отличительныхъ признакахъ и проч. Онъ не навязываетъ читателю личныхъ субъектив-

---

[1]) Руководство проф. Регельсбергера (*Pandekten*, 1893 г.). входитъ въ серію трудовъ, издаваемыхъ проф Биндингомъ подъ общимъ названіемъ «Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft».

ныхъ взглядовъ, но, ограничивая, по возможности, свою задачу подведеніемъ итоговъ ученой работы, подвергаетъ глубокому анализу и безпристрастной, спокойной и всесторонней оцѣнкѣ результаты изслѣдованій своихъ предшественниковъ. Авторъ всегда внимательно взвѣшиваетъ практическія послѣдствія теоретическихъ построеній и оцѣниваетъ ихъ съ точки зрѣнія общественнаго интереса и требованій дѣйствительной жизни, при чемъ аргументація его отличается разносторонностью и убѣдительностью. Врагъ абстрактныхъ спекуляцій, проф. Регельсбергеръ постоянно остается на почвѣ конкретныхъ явленій дѣйствительной жизни — даже и тогда, когда ему приходится разъяснять такіе абстрактные вопросы, какъ, напр., понятіе права въ субъективномъ смыслѣ.

Не можемъ, однако, скрыть, что для начинающаго предлагаемая книга, быть-можетъ, представитъ нѣкоторыя трудности въ виду того, что предметъ ея освѣщается примѣрами, заимствованными, главнымъ образомъ, изъ системы римскаго права. Но эти трудности — неизбѣжныя и легко преодолимыя.

Желая сдѣлать книгу доступной и пригодной для возможно болѣе разнообразнаго круга читателей, мы сохранили въ неприкосновенности и весь такъ называемый ученый аппаратъ ея — примѣчанія и ссылки литературнаго характера. Поэтому переводъ можетъ вполнѣ замѣнить собою соотвѣтствующую часть оригинала.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

УЧЕНІЕ О ПРАВѢ И ПРАВАХЪ ВООБЩЕ.

I. Основныя понятія.

Стран.

§ 1. 1. Понятіе права 1
§ 2. 2. Право, нравственность, нравы 6
§ 3. 3. Право и справедливость 11
§ 4. 4. Положительное право и естественное право 18
§ 5. 5. Правоотношеніе и правовой институтъ 24
§ 6. 6. Субъективное право 29
§ 7. 7. Субъектъ права 34
§ 8. 8. Юридическая обязанность 38

II. О юридическихъ нормахъ въ особенности.

A. Основанія возникновенія.

§ 9. 1. Обзоръ 42
§ 10. 2. Законъ 55
3. Обычное право 60
§ 11. a) *Обычай и обычное право* . . . . . —
§ 12. b) *Условія возникновенія* 63
§ 13. c) *Доказательство положеній обычнаго права* 68
§ 14. d) *Обычное право, обыкновеніе (Herkommen), Observanz, дѣловая практика* 70
§ 15. 4. Отношеніе обычнаго права къ закону 76
§ 16. 5. Автономія 80
§ 17. 6. Право юристовъ, судебная практика 83
§ 18. *B. Отмѣна (прекращеніе) положеній права.* 87

C. Противуположенія между юридическими нормами.

§ 19. 1. Терминологическія отрицающія, предписывающія, запрещающія, дозволяющія положенія права . . 91
§ 20. 2. Положенія публичнаго и гражданскаго права . . . 95
§ 21. 3. Общее и партикулярное право 100
§ 22. 4. Общее и индивидуальное положеніе права. Привилегіи (Allgemeiner Rechtssatz, Individualrechtssatz) . 106

Стран.
§ 23. 5. Право общее и исключительное 114
§ 24. 6. Право уполномочивающее, пополняющее, принуждающее. 117

Д. Примѣненіе права.

§ 25. 1. Задача примѣненія права 123
§ 26. 2. Установленіе наличности даннаго положенія права . 128
3. Толкованіе положеній права.
§ 27. a) *Сущность толкованія. Научное толкованіе и легальная интерпретація.* 137
§ 28. b) *Вспомогательныя средства научнаго толкованія.* . . . 145
§ 29. c) *Распространительное и ограничительное толкованіе* Argumentum a contrario 156
§ 30. 4. Аналогія. 162

Е. Частное международное право.

§ 31. 1. Обзоръ 172
§ 32. 2. Основныя положенія 177
3. Примѣненіе.
§ 33. a) *Правоспособность и дѣеспособность* 184
§ 34. b) *Форма юридическихъ сдѣлокъ* 187
§ 35. c) *Вещныя права.* 189
§ 36. d) *Обязательства* 191
§ 37. e) *Отношеніе семейственнаго права.* 198
§ 38. f) *Наслѣдственное право.* 206

F. Дѣйствіе нормъ гражданскаго права во времени.

§ 39. 1. Основныя черты. 211
§ 40. 2. Примѣненіе 223

III. О субъективныхъ правахъ въ особенности.

§ 41. *А. Публичныя и гражданскія права* 229
§ 42. *Б. Виды гражданскихъ правъ.* 232
§ 43. *В. Общія свойства гражданскихъ правъ.* 206
Г. Притязанія.
§ 44. 1. Право, притязаніе. Actio 259
§ 45. 2. Виды гражданскоправовыхъ притязаній 270

Е. Осуществленіе правъ.

§ 46. 1. Понятіе, объемъ, представительство 285
§ 47. 2. Коллизія правъ при осуществленіи 292

УЧЕНІЕ О ПРАВѢ И ПРАВАХЪ ВООБЩЕ.

I. Основныя понятія.

§ 1.

1. Понятіе права *).

Всѣ права въ своей совокупности покоятся на почвѣ права. Это значитъ, что когда кому-либо принадлежатъ по праву извѣстныя полномочія (право въ субъективномъ смыслѣ), онъ имѣетъ эти полномочія въ силу признанія ихъ въ дѣйствующихъ положеніяхъ права (право въ объективномъ смыслѣ). Поэтому, ученію о правахъ должно предшествовать изслѣдованіе о существѣ права въ объективномъ

*) Выясненіе понятія права составляетъ общую задачу философовъ и юристовъ. Слѣдствіемъ ихъ совмѣстной работы явилось необыкновенное богатство литературы по данному вопросу. Здѣсь надо указать: a) изъ трудовъ по философіи права на *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung. *Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre 1. Hauptstück. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Einleitung. *Stahl*, Die Philosophie des Rechts Bd. II, Abt. 1, Buch 2. *Trendelenburg*, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik § 45 — 51; *Lasson*, Rechtsphilosophie § 3, 5 и слѣд. Нѣсколько цѣнныхъ замѣтокъ у *Rümelin*, Reden und Aufsätze, именно II, стр. 317—349; b) изъ трудовъ чисто-юридическихъ: *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I (1877) II (1883); *Ihering*, Zweck im Recht I Kap. VIII (1 Aufl. 1887, 2 Aufl. 1884); *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht (1878); *Dahn*, Die Vernunft im Recht (1879); *A. Merkel*, Juristische Encyklopädie § 1—80 (1885) и въ 5 Auflage von *Holtzendorff's Encyklopädie* стр. 5—44

смыслѣ, о возникновеніи, прекращеніи, видахъ и примѣненіи положеній права.

Это ученіе, какъ равно и изслѣдованіе о существѣ правъ, вовсе не является исключительнымъ достояніемъ такъ называемаго пандектнаго права; оно принадлежитъ общему ученію о правѣ. Но такъ какъ послѣдняя дисциплина пока еще не заняла въ юридическомъ образованіи того твердаго положенія, какое было бы желательно, то указаннымъ общимъ ученіямъ отводятъ обыкновенно болѣе или менѣе значительное мѣсто въ изложеніи пандектнаго права. Этимъ обусловливается конечно, одностороннее освѣщеніе ученій, при изложеніи которыхъ особенное вниманіе обращается на явленія гражданскаго права.

I. Все право существуетъ для людей и черезъ людей. Поэтому, надо отправляться отъ существа человѣка, для того, чтобы проникнуть въ существо права.

Среди различныхъ точекъ зрѣнія, съ которыхъ человѣкъ служитъ предметомъ научнаго изслѣдованія, есть одна, разсматривающая людей въ разнообразныхъ соединеніяхъ ихъ между собою, въ обществахъ. Уже съ рожденіемъ человѣкъ вступаетъ въ кругъ семьи, становится членомъ народа и государства, общины, религіознаго союза и т. д. Эти и другія соединенія поднимаютъ человѣка на высшую степень бытія и дѣлаютъ для него возможнымъ развитіе его духовнаго и моральнаго существа. Unus homo nullus homo.

Совмѣстная жизнь требуетъ порядка. Жизнью обусловливается проявленіе воли во внѣшнемъ мірѣ. Ежедневно и ежечасно мы вступаемъ въ отношенія другъ съ другомъ. Каждый долженъ жертво-

вать долею своей естественной свободы для того, чтобы другіе могли существовать рядомъ и наравнѣ съ нимъ. Если общество хочетъ преуспѣвать и простирать на всѣхъ свое покровительство и поощреніе, каждый долженъ предоставить въ его распоряженіе долю своихъ силъ. Разграниченіе отдѣльныхъ сферъ и соединеніе отдѣльныхъ силъ для созданія прочнаго общественнаго цѣлаго составляетъ задачу руководящей власти.

Отысканіе границы, которую никому не слѣдуетъ переходить въ своей дѣятельности при совмѣстной жизни съ другими, не можетъ быть предоставлено усмотрѣнію и доброй волѣ отдѣльныхъ лицъ. Совмѣстная жизнь обусловлена нормами, требующими себѣ повиновенія, независимо отъ взглядовъ отдѣльныхъ лицъ на то, насколько эти нормы справедливы и цѣлесообразны, причемъ онѣ должны быть снабжены и силой принудительнаго исполненія. Короче говоря: нормы должны быть установлены (положительны) и имѣть принудительную силу.

Этотъ установленный обязательный порядокъ внутри общественнаго союза, образовавшагося вслѣдствіе тѣхъ или другихъ причинъ, есть правовой порядокъ или право (въ объективномъ смыслѣ).

Такимъ образомъ, въ правѣ дѣйствуютъ совмѣстно принципъ порядка и принципъ свободы. Для водворенія въ обществѣ порядка право подчиняетъ волю отдѣльныхъ лицъ твердымъ нормамъ. Зато и отдѣльнымъ лицамъ оно предоставляетъ и обезпечиваетъ внутри извѣстныхъ границъ свободную дѣятельность воли.

Правовой порядокъ, однако, не только господствуетъ и принуждаетъ, но также учитъ и воспиты-

ваетъ. Онъ выступаетъ не какъ слѣпой рокъ: своими предписаніями онъ говоритъ съ человѣкомъ и, прежде всего, хочетъ направить поведеніе человѣка. Лишь тамъ, гдѣ ему отказываютъ въ повиновеніи, онъ пускаетъ въ ходъ средства своей власти [1]).

II. Право установлено для людей, оно и коренится не внѣ человѣчества. Правовой порядокъ есть произведеніе человѣческаго духа, — не отдѣльнаго человѣка, а общества,—не общества всѣхъ людей, а значительныхъ союзовъ, на которые расчленяется человѣчество, и болѣе всего—народа и государства. Право есть продуктъ заложеннаго въ людей нравственнаго побужденія къ порядку въ совмѣстной жизни и образующагося въ обществѣ разумнаго пониманія жизненныхъ отношеній, моральной, экономической и соціальной цѣли этихъ отношеній; право есть разумно-нравственное регулированіе общественной жизни. Въ зависимости права отъ свойства жизненныхъ отношеній и въ отраженіи послѣднихъ въ сознаніи народа и времени лежитъ объясненіе исторической и національной условности права.

Правовой порядокъ опредѣляется интересами цѣлаго: поддержаніе и совершенствованіе общества, incolumis civium conjunctio, служитъ ему цѣлью. Но цѣлое состоитъ изъ живыхъ членовъ, членами же являются отдѣльные люди и подчиненные союзы людей. Чтобы цѣлое преуспѣвало, членамъ должна быть предоставлена такая мѣра свободы, какая требуется для развитія индивидуальной жизни. Отысканіе правильнаго пути между обоими противоположными на-

---

[1]) О томъ мирномъ вліяніи, которое право производитъ въ спокойномъ состояніи, учитъ *Hamacker*, Internationales Privatrecht, стр. 15, и *A. Merkel*, Iurist. Encyklop. § 22—59. Ср. также ниже § 27 II.

правленіями,—изъ которыхъ одно можетъ быть названо индивидуалистическимъ, а другое — соціалистическимъ, — при выработкѣ общественнаго строя жизненныхъ отношеній, составляетъ трудную задачу правообразованія.

III. Выраженіями: «правовой порядокъ» и «право» мы обозначаемъ то власть, устанавливающую порядокъ, то самый установленный порядокъ. Существуетъ правовой порядокъ въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ. Въ видахъ установленія порядка власть издаетъ предписанія, для охраненія которыхъ въ крайнемъ случаѣ ей служитъ средствомъ принужденіе. Эти предписанія коренятся въ правѣ и создаютъ право, почему и называются предписаніями права (Rechtsvorschriften); они установлены правомъ и устанавливаютъ право, называясь, поэтому, и положеніями права (Rechtssätze); они указываютъ на мѣру и цѣль поведенія человѣка, почему называются также нормами права и юридическими правилами. Эти предписанія, положенія, нормы, правила образуютъ *право въ объективномъ смыслѣ.*

IV. Цѣлое, равно какъ и отдѣльные члены правоваго союза, нуждаются для удовлетворенія своихъ жизненныхъ интересовъ въ обезпеченіи власти надъ предметами внѣшняго міра, людьми и вещами. Объективное право опредѣляетъ условія, при которыхъ оно признаетъ и защищаетъ подобную власть. Съ наступленіемъ этихъ условій возникаютъ признанныя и защищенныя правомъ сферы власти. Эти сферы мы называемъ также правомъ, обозначая однимъ и тѣмъ же словомъ какъ правило, такъ и то, что установлено правиломъ (напр. право прохода, jus eundi agendi per fundum). Право въ та-

комъ смыслѣ всегда имѣетъ непосредственное отношеніе къ данному субъекту, который является носителемъ его; отсюда—получается *право въ субъективномъ смыслѣ*.

Такъ какъ сфера власти, признаваемая за управомоченнымъ, лежитъ внутри общественнаго цѣлаго, то правомочіе одного вызываетъ ограниченіе и обязанности на сторонѣ другихъ. Тотъ же самый источникъ, который производитъ право, производитъ и юридическія обязанности.

Предписаніе права, правомочіе, юридическая обязанность стоятъ въ тѣсной связи между собою. Первое образуетъ объективную, послѣднія — субъективную сторону цѣлаго понятія о правѣ. Ни одна изъ нихъ не можетъ существовать безъ другихъ.

§ 2.

2. Право, нравственность, нравы *).

Не одно только право ставитъ человѣку требованія относительно его поведенія; то же самое дѣлаютъ нравственность и общественные нравы. Рядомъ съ законами права существуютъ законы нравственности и нравовъ.

Всѣ три вида законовъ направляютъ волю человѣка, говорятъ о томъ, что должно дѣлаться (Sol-

*) *Puchta,* Iustit. I § 7 и Vorl. § 20; *Stahl,* Rechtsphilos. II Abt. 1 Buch 2 Kap. 1; *Trendelenburg,* Naturrecht § 14, 15, 45, 46; *Hälschner* Gerichtssaal XXI. Стр. 31 и сл. *Bierling,* Kritik der juristischen Grundbegriffe I. Стр. 168 и сл.; *Ihering,* Der Zweck im Recht II. A. *Merkel,* Iurist. Encykl. § 68—80. Хорошій обзоръ теорій объ отношеніи права и морали даетъ *Lasson,* System der Rechtsphilos. § 1 Anm 1, § 13 Anm. 7. Сюда же относится *Rümelin,* Reden und Aufsätze 1. Стр. 62—87, II Стр. 317—349.

len); всѣ они имѣютъ своимъ предположеніемъ способность человѣка къ самоопредѣленію подъ вліяніемъ соображеній разума и всѣ они доступны нарушенію. Въ этомъ заключается отличіе ихъ отъ такъ называемаго закона природы, подъ которымъ разумѣется лишь наблюденная необходимая связь между извѣстными явленіями, а вовсе не какая-либо законная мѣра воли.

Всѣ три указанные выше вида законовъ представляютъ собою продукты человѣческаго общества, хотя они и не всегда исходятъ изъ однихъ и тѣхъ же круговъ его и отличаются другъ отъ друга формой, въ которой возникаютъ. Поэтому всѣ три находятся подъ вліяніемъ дѣленія человѣчества на національные, государственные и религіозные союзы и подчиняются колебаніямъ во времени. На низшихъ ступеняхъ развитія они еще нераздѣльны; но процессъ обособленія ихъ другъ отъ друга совершается у однихъ народовъ быстрѣе (напр. у римлянъ), у другихъ—медленнѣе.

Право, нравственность и нравы имѣютъ общую конечную цѣль—моральное совершенствованіе человѣка; но разрѣшаютъ они эту задачу различными путями и различными средствами.

I. Предписанія нравственности дѣйствуютъ, прежде всего опредѣляющимъ образомъ на нравственное настроеніе человѣка (Gesinnung), и только посредственно — на его волю. Оттого, исполненіе этихъ предписаній возможно лишь настолько, насколько оно вытекаетъ изъ внутренняго удовлетворенія, испытываемаго человѣкомъ, когда онъ дѣлаетъ добро. Внѣшняя сторона человѣческаго поведенія не взвѣшивается на вѣсахъ нравственности; благодѣяніе можетъ

быть нравственнымъ или нѣтъ, въ зависимости отъ того, чѣмъ оно вызвано: любовью ли къ ближнему или своекорыстными видами.

Для права нравственное настроеніе не безразлично, но не имѣетъ рѣшающаго значенія. Право довольствуется и тѣмъ, если внѣшнее поведеніе человѣка соотвѣтствуетъ его требованіямъ. Лишь тамъ, гдѣ нѣтъ такого соотвѣтствія, предметомъ юридической оцѣнки можетъ стать и нравственное настроеніе, какъ это имѣетъ мѣсто, всего чаще, въ уголовномъ правѣ. Поэтому, съ велѣніями права вполнѣ совмѣстимо внѣшнее принужденіе, которое противорѣчитъ предписаніямъ нравственности: вынужденное исполненіе обязанности утрачиваетъ нравственную цѣну. Поэтому, съ правомъ можетъ быть совмѣстимо и то, что отвергается нравственностью: non omne, quod licet, honestum est. Кто усматриваетъ въ этомъ несовершенство права, тотъ забываетъ различіе его задачи отъ задачи нравственности. Право не одно имѣетъ въ виду вести людей къ высшей ступени бытія; оправданный въ судилищѣ права не можетъ еще считаться свободнымъ отъ всякаго другаго суда.

Однако, отношеніе между правомъ и нравственностью, по существу, заключается въ ихъ самостоятельности другъ отъ друга, но не противоположности. То, что противно праву, можетъ быть оправдано нравственностью лишь тогда, когда право впадаетъ въ опасныя заблужденія (революція противъ существенныхъ злоупотребленій правомъ), равно какъ и то, что преступаетъ правила нравственности, никогда не должно служить содержаніемъ для предписанія права.

Даже больше. Право и нравственность призваны

поддерживать другъ друга. Тамъ, гдѣ порываются связи правоваго порядка, наступаетъ нравственное запустѣніе. И наоборотъ, право, которому не приходили бы на помощь силы нравственности, напрасно пыталось бы поддержать себя средствами одного только принужденія [1]). «Когда правовой законъ не проникаетъ въ сознаніе гражданъ и не черпаетъ оттуда своихъ силъ, онъ дряхлѣетъ, какъ дерево, которое лишилось соковъ» (Trendelenburg). Во всѣхъ своихъ отдѣлахъ, въ публичномъ и гражданскомъ правѣ, въ семейномъ и имущественномъ, право проникнуто нравственными началами, не переходя, однако, въ кругъ предписаній нравственности [2]).

Самыя границы между обѣими областями постоянно измѣняются. То, что еще вчера было простымъ требованіемъ морали, сегодня можетъ стать на степень юридической обязанности (напр. страхованіе рабочихъ отъ несчастныхъ случаевъ хозяевами фабрикъ), и наоборотъ (напр. отмѣна наказаній за самоуправство при осуществленіи своего права).

II. Ближе къ предписаніямъ права, чѣмъ къ предписаніямъ нравственности, стоятъ *нравы* (Sitte), т. е. правила приличія, вѣжливости, внѣшнихъ сношеній людей другъ съ другомъ. Подобно первымъ, эти

---

[1]) *Фихте* (*Fichte*, Naturrecht § 4), силу и слабость котораго составляютъ односторонность пониманія и смѣлость заключеній, пришелъ къ слѣдующему сомнительному положенію: «Право должно силой добиваться своего признанія, хотя бы ни одинъ человѣкъ не имѣлъ намѣренія подчиняться добровольно его предписаніямъ... Физическая сила—и только она—даетъ ему (праву) санкцію въ этой области».

[2]) Сюда относится прекрасное выраженіе Папиніана въ L 15 de condic. inst. 28, 7: Quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

правила основаны на внѣшнемъ установленіи; поэтому, даже нормально воспитанный и развитой человѣкъ можетъ вступить въ противорѣчіе съ ними, что́ невозможно въ отношеніи требованій нравственности. Подобно же первымъ, эти правила имѣютъ цѣлью внѣшнее состояніе, поведеніе человѣка въ обществѣ. Поэтому, ихъ природѣ не противорѣчитъ и внѣшнее принужденіе. Впрочемъ, они не располагаютъ такими сильными средствами принужденія, какими обладаютъ предписанія права; въ существенномъ, дѣйствіе ихъ ограничено санкціей, лежащей въ общественномъ мнѣніи и въ общественной самопомощи (прекращеніе сношеній и т. д.). Для нравовъ этого достаточно, такъ какъ защитѣ ихъ ввѣряется поведеніе, имѣющее несравненно менѣе важности для совмѣстной жизни людей, чѣмъ тѣ жизненные интересы общества, которыхъ охраненіе составляетъ задачу права. Во всякомъ случаѣ, между нравами и правомъ существуютъ разнообразнѣйшія точки соприкосновенія. Такъ, нарушеніе установленнаго нравами уваженія, напримѣръ, къ женщинамъ, считается обидой, преслѣдуемой правомъ [3]).

III. Служитъ ли принужденіе необходимымъ моментомъ предписанія права, это — спорный вопросъ какъ среди философовъ такъ и юристовъ. Въ сущности, различіе мнѣній сводится здѣсь къ неточной постановкѣ вопроса. Если принужденіе понимать въ широкомъ смыслѣ, какъ исключеніе свободнаго усмотрѣнія, то оно не чуждо и предписаніямъ нравственности, такъ какъ моя совѣсть и все, что опредѣляетъ ее, также принуждаетъ меня дѣйствовать

---

[3]) Virgines appellare, adsectari... adversus bonos mores huius civitatis L 15 § 2, 5, 6, 15—23 de injur. 47, 10.

такъ, а не иначе. Вопросъ можетъ заключаться, поэтому, лишь въ слѣдующемъ: ограничивается ли область права только тѣми велѣніями, притязаніями и обязанностями, противъ нарушенія которыхъ дѣйствуетъ внѣшне-организованное принужденіе, судъ и власть, исполняющая судебные приговоры, короче — судебное принужденіе? На поставленный такимъ образомъ вопросъ надо отвѣчать отрицательно. Судебное принужденіе можетъ быть чуждо не только отдѣльнымъ предписаніямъ права, — каково, напр., предписаніе объ обязанности монарха соблюдать государственную конституцію,—оно чуждо и цѣлому отдѣлу права, именно — международному праву [4]. Это—менѣе совершенныя положенія и отдѣлы права, но они стоятъ не внѣ права [5]. Юридически организованное принужденіе является, поэтому, лишь обыкновеннымъ спутникомъ предписаній права, болѣе высокой степенью ихъ обезпеченности, къ которой стремятся даже самыя несовершенныя права.

§ 3.

3. Право и справедливость *).

Въ отдѣльномъ человѣкѣ, какъ и въ совокупности людей, образующихъ правовое общеніе, рядомъ съ

---

[4]) *Holtzendorff*, Handb. d. Völkerrechts I § 21, 22.

[5]) Для международнаго права это положеніе нѣкоторыми оспаривается, напр. Lasson, Rechtsphilos. § 36 A. 2. Также Rümelin, II, стр. 324 называетъ его смѣшеніемъ права и нравовъ.

*) *Thöl*, Einleitung § 38. 40; *Trendelenburg*, Naturrecht § 83; *Leist*, Civilistische Studien Heft IV стр. 190 и сл., 209 и слѣд.; *Ihering*, Zweck I; *Pfaff und Hofmann*, Kommentar I стр. 206 и слѣд., Exkurse I стр. 350—53; *Rümelin*, Reden und Aufsätze II стр. 176—202; *A. Merkel*, Encyklopädie § 24—41 и въ *Holtzendorff's* Encyklopädie 5 Aufl. стр. 13 и слѣд., 22 и слѣд.; *Ubbelohde*, Ueber Recht und Billigkeit 1887 (Sammlung wissensch. Vorträge von Virchow und Holtzendorff N. F. 2. Serie Heft 16).

сознаніемъ о дѣйствующемъ правѣ, живетъ чувство удовлетворенія или неудовлетворенія, вызываемое практическимъ дѣйствіемъ права, сужденіе о цѣлесообразности и пользѣ отдѣльнаго положенія права и его примѣненія. Мѣриломъ служитъ при этомъ чувство правосудія (d. Gefühl der Gerechtigkeit), заимствующее свое содержаніе изъ господствующихъ нравственныхъ воззрѣній, изъ соображеній о сущности и потребностяхъ отдѣльныхъ жизненныхъ отношеній и интересѣ цѣлаго. Поэтому, наше чувство правосудія опредѣляется въ значительной мѣрѣ нашимъ пониманіемъ цѣлесообразности, но не исключительно имъ. Рабство въ Сѣв. Америкѣ уничтожено не потому, что возникла увѣренность въ его нецѣлесообразности, а потому, что сложилось убѣжденіе въ несоотвѣтствіи его человѣческому достоинству [1]).

Для утвержденія жизни цѣлаго чувство правосудія требуетъ отъ права рѣшительныхъ мѣръ, идущихъ далѣе интересовъ отдѣльныхъ лицъ; но, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно требуетъ пощады и поощренія индивидуальнаго—вниманія къ тѣмъ особенностямъ, которыя выступаютъ въ отдѣльныхъ явленіяхъ.

Чувство правосудія во второмъ направленіи совпадаетъ съ чувствомъ справедливости (d. Gefühl der Billigkeit). Этой справедливости отвѣчаетъ такое об-

---

Объ aequitas у римлянъ: *Albecht*, Die Stellung der röm. Aequitas въ Theorie des Civilrechts 1834; *Ihering*, Geist § 29; *Voigt*, Die Lehre vom jus naturale aequum et bonum und vom jus gentium der Römer I стр. 11 и сл.; *Hildebrand*, Geschichte und System der Rechts-und Staatswissenschaft § 150—152.

[1]) Что цѣлесообразность и справедливость не покрываются взаимно, но и не противорѣчатъ,—это интересно излагаетъ *Merkel* указ. соч. l. c.

сужденіе каждаго отдѣльнаго отношенія, которое соотвѣтствуетъ своеобразной природѣ послѣдняго, при чемъ всегда имѣется въ виду мягкость, пощада, гуманность [2]). Суровыхъ наказаній противъ героевъ динамита требуетъ наше чувство правосудія, а не справедливости. Напротивъ, намъ кажется несправедливымъ, когда опекаемый, предоставленный чужимъ заботамъ, подвергается такимъ же убыточнымъ послѣдствіямъ отъ юридической сдѣлки, какъ и лицо, которое можетъ само блюсти свои юридическіе интересы. Правосудіе и справедливость являются, поэтому, нравственными масштабами, которые мы примѣняемъ къ положеніямъ права и судебнымъ приговорамъ.

Всякое положительное право стремится стать въ согласіе съ господствующими представленіями о правосудіи и справедливости. Это вѣрно не только для развитаго права, но и для права народовъ, переживающихъ юношескій возрастъ. Но то, что дошло изъ ранней эпохи, позднѣйшему времени представляется во многомъ строгимъ, лишеннымъ гибкости, неумолимымъ (directum, strictum, asperum), подлежащимъ передѣлкѣ въ мягкое, умѣренное, справедливое (mite, moderatum, aequum). Жизненныя отношенія подвержены постояннымъ измѣненіямъ, равно какъ и наши сужденія о цѣли и условіяхъ успѣшнаго развитія этихъ отношеній.

То обстоятельство, что право и справедливость нерѣдко расходятся, что рѣшеніе несомнѣнно пра-

---

[2]) На этомъ настаиваетъ вѣрно, хотя и односторонне, *Leist*, указ. соч. стр. 190. Поэтому съ aequum чередуется слово humanum L 3 de officio praet. 1, 14 L 24 de constit. per 13, 5 L 85 (84 de hered. instit. 28,5 L 51 § 1 de fideï. 46,1 и др.

вильное (summum ius) можетъ заключать въ себѣ нарушеніе чувства правосудія (summa injuria) [3], — находитъ себѣ объясненіе въ двухъ порядкахъ явленій.

Во-первыхъ, положенія права обладаютъ бо̀льшимъ упорствомъ и постоянствомъ, чѣмъ жизненныя отношенія и сужденія людей объ этихъ послѣднихъ. Разладъ между состояніемъ права въ данное время и чувствомъ правосудія, господствующимъ въ данный моментъ, долженъ перейти прежде въ сознаніе людей, чтобы потомъ уже побудить къ дѣятельности власть, создающую право; чѣмъ меньшей поворотливостью отличается при этомъ органъ, творящій право, тѣмъ дольше просуществуетъ указанный разладъ. Въ Римѣ въ теченіе столѣтій преторскій эдиктъ былъ всегда наготовѣ дать выраженіе измѣняющимся правовымъ убѣжденіямъ въ новыхъ положеніяхъ права; а когда заглохъ этотъ органъ, viva vox populi, юриспруденція посредственно и непосредственно повела развитіе права далѣе, въ духѣ справедливости (acquitas). Этому постоянному развитію, неустанно и неизмѣнно отвѣчавшему запросамъ измѣнчивой жизни и воззрѣніямъ даннаго времени, римское право обязано въ значительной степени своимъ совершенствомъ. Въ этомъ смыслѣ, справедливость является выраженіемъ наростающаго и добивающагося признанія права, въ противоположность, стѣснительному для переросшаго его общества, отжившему праву, ius strictum.

Во-вторыхъ, указанный разладъ имѣетъ свое основаніе и въ логической природѣ права. Для того чтобы господствовать надъ общественной жизнью въ ея не-

[3]) Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. Gai. IV 116.

обозримомъ и недоступномъ предвидѣнію разнообразіи, положительное право вынуждено для своихъ предписаній брать изъ явленій жизни лишь извѣстные, болѣе или менѣе правильно повторяющіеся признаки и ставить ихъ условіемъ правовыхъ послѣдствій, велѣній, запретовъ или полномочій. Въ преобладающемъ большинствѣ, наши положенія права пріурочены лишь къ такому общему составу явленій (§ 22). Назначенію положеній права соотвѣтствуетъ регулированіе тѣхъ событій, въ которыхъ выражается предполагаемый ими общій составъ фактовъ при отсутствіи элементовъ всякаго инаго фактическаго состава. Что касается деталей и фактическихъ особенностей, сопровождающихъ отдѣльное явленіе, то онѣ остаются безъ вниманія. Короче, право обобщаетъ и должно обобщать [4]).

Въ этомъ, до извѣстной степени, находитъ удовлетвореніе и наше чувство правосудія. Безжалостное неравенство, существующее въ природѣ, получаетъ въ правѣ нѣкоторое смягченіе, когда, напримѣръ, всѣ люди объявляются правоспособными,—больные и здоровые, старые и малые, бѣдные и богатые, знатные и незнатные. Но мы перестаемъ находить удовлетвореніе въ однообразномъ подчиненіи общему правилу, когда въ отдѣльномъ случаѣ встрѣчаются такія особенности, которыя не значатъ ничего на чашѣ вѣсовъ обобщающаго положенія права, но говорятъ нашему чувству достаточно сильно, для того, чтобы подчиненіе этихъ особенностей одному общему правилу представилось намъ жестокостью. Конечно, кто обѣщалъ, тотъ долженъ и заплатить. Ну, а тотъ, кто

---

[4]) L 3—6 de legib. 1,3 Plato, Politicus 294.

обѣщалъ въ виду займа, котораго онъ никогда не получалъ?

Противорѣчіе между однообразнымъ примѣненіемъ юридическаго правила и справедливостью,—противорѣчіе, которое вполнѣ никогда не можетъ быть устранено, — положительное право старается, по крайней мѣрѣ, смягчить разнообразными мѣрами:

1. Оно возводитъ фактическія особенности нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній на степень предположеній для особыхъ юридическихъ послѣдствій; напр., Sc. Macedonianum, Velleianum, beneficium divisionis, exceptio doli;

2. Оно отказывается отъ точнаго опредѣленія юридическихъ послѣдствій въ самой нормѣ права и предоставляетъ это опредѣленіе для отдѣльныхъ случаевъ судебному усмотрѣнію; таково, напр., bonae fidei judicium (quantum aequius melius est N^m A^o dare или quidquid N^m A^o dare facere oportet ex fide bona), рамки наказаній въ системѣ уголовныхъ каръ, actio injuriarum aestimatoria [5]).

3. Оно предоставляетъ извѣстнымъ органамъ (судьѣ, главѣ государства) власть—исключать данный случай изъ-подъ дѣйствія юридическаго правила, вполнѣ или отчасти (restitutio in integrum въ гражданскомъ, помилованіе въ уголовномъ правѣ) [6]).

---

[5]) *Lothar Seuffert*, Ueber richterliches Ermessen 1880 (ректорская рѣчь въ Гиссенѣ). Объ officium iudicis въ bonae fidei judicium у *Lenel*, Exceptionen. Стр. 80 и сл. Еще дальше шло усмотрѣніе магистрата, отправлявшаго судебныя функціи, въ случаяхъ leges imperfectae.

[6]) Въ Англіи указанное въ текстѣ стремленіе повело къ учрежденію особыхъ судовъ справедливости (Billigkeitsgerichtshöfe, courts of equity). *Rüttimann*, Der englische Civilprozess. Стр. 4 и сл. Впрочемъ, новѣйшее законодательство въ отношеній противоположенія Com-

Еще больше можетъ сдѣлать для заполненія пропасти, отдѣляющей право и справедливость, примѣненіе права, надлежащимъ образомъ одухотворенное и стоящее одинаково далеко отъ господства буквы и формальной юридической логики. Судья, на основаніи общей нормы, выраженной въ положеніи права, создаетъ для обсуждаемаго имъ отношенія индивидуальную норму. Этимъ предоставляется во многихъ случаяхъ достаточно простора для того, чтобы сообразовать судебное рѣшеніе со всѣми сторонами даннаго отношенія, насколько это можетъ быть доступно для все взвѣшивающаго ума. Bonus iudex varie ex person's causisque constituet (Cels. L 38 R V. 6.1). Конечно, приговоръ судьи не долженъ опредѣляться ни безотчетнымъ чувствомъ, ни излишней снисходительностью, которая наноситъ обыкновенно больше ранъ, чѣмъ исцѣляетъ [7]); онъ долженъ быть выводомъ, который сдѣланъ изъ общаго разсмотрѣнія даннаго случая,—долженъ основываться на тщательной оцѣнкѣ всѣхъ особенностей дѣла и ихъ юридическаго значенія, на изслѣдованіи цѣли и связанныхъ съ этимъ условій справедливаго порядка [8]).

Справедливость не представляетъ собою правоваго принципа, изъ котораго можно было бы непосредственно выводить практическія положенія права. Мы не можемъ увеличить число натуральныхъ обяза-

---

mon-Law courts и equity-courts уклонилось рѣзко въ сторону. *Schuster*, Die bürgerliche Rechtspflege in England, стр. 9—13.

[7]) Тотъ же Celsus, которому принадлежитъ вышеприведенное изреченіе, жаловался въ L 91 § 3 V. O. 45,1, что in questione de bono et aequo plerumque sub auctoritate Iuris scientiae perniciose erratur.

[8]) Tryphon. L 31 § 1 depos. 16,3: totius rei aequitatem (sc. intuemur), quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur. Ulp. L 14 § 13 de relig. 11, 7. Pap. L 12 rem pup. salv. 46, 6.

тельствъ, руководясь соображеніями справедливости, или основать осужденіе на томъ положеніи, что никто не долженъ обогащаться на счетъ другаго. Но мы будемъ примѣнять многія опредѣленія права, вытекающія изъ соображеній справедливости, въ ея духѣ, если будемъ мѣрить получаемый результатъ на мѣрку справедливости. Этимъ освѣщается, напримѣръ, вопросъ, имѣетъ или нѣтъ обратное требованіе уплаты недолжнаго своимъ условіемъ извинительную ошибку [9]).

Aequitas была оживляющимъ элементомъ римской юриспруденціи. Римскіе юристы называли ïus—ars boni et acqui, а себя — жрецами [10]). Дѣйствительно, они были мастерами этого искусства, истинными жрецами aequitas и, поэтому, до сихъ поръ служатъ намъ образцами.

§ 4.

4. Положительное право и естественное право *).

Положенія права имѣютъ задачей обезпечить за жизненными отношеніями людей внѣшнія условія ихъ успѣшнаго развитія. Поэтому, содержаніе каждаго положенія права опредѣляется, въ существенномъ, фактическими свойствами того типическаго жизнен-

---

[9]) *Bähr*, Anerkennung § 19 (2 Aufl. стр. 76); *Kretzschmar*, Secum pensare Стр. 24 и сл.; *Witte*, Iher. Jahrb. V стр. 9. Другое примѣненіе въ L 4 § 20 ex quib. caus. maj. 4, 6.

[10]) L 1 pr. § 1 de iustitia et ïure 1,1.

*) *Leist*, Naturalis ratio uud Natur der Sache 1860; *Goldschmidt*, Handelsr. 2. Aufl. 1 стр. 302 и сл. (§ 34); *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 194 до 206; *Gierke*, Naturrecht und deuqshes Recht 1883 (ректорская рѣчь) и въ *Schmollers* Jahrb., в. VII, Heft 4, стр. 94. *Von der Decken*, Das vorbestimmte Recht 1888. (Deutsche Zeit—und Streitfragen herausg. von Holtzendorf Heft 37).

наго отношенія, которое составляетъ предметъ юридическаго регулированія, — экономической, этической, соціальной цѣлью этого отношенія и, наконецъ, связью его съ жизнью общества въ цѣломъ, куда всякое отношеніе входитъ въ качествѣ отдѣльнаго члена. Напримѣръ, если бы при займѣ законъ устанавливалъ обязанность къ возврату его тѣми же денежными знаками, какіе были получены должникомъ, то этимъ былъ бы порѣзанъ жизненный нервъ всего правоотношенія, основаннаго на займѣ. Поучительный примѣръ вліянія, оказываемаго интересомъ общественнаго цѣлаго на строеніе отдѣльныхъ отношеній, и именно—въ сторону ограниченія права, представляетъ также право собственности на землю. Можно такимъ образомъ сказать, что, до извѣстной степени, въ самихъ жизненныхъ отношеніяхъ предуказано ихъ юридическое регулированіе.

Къ познанію условій, обезпечивающихъ достиженіе цѣли права, приводитъ разумное, тщательное изученіе жизненныхъ отношеній. Передъ нимъ эти условія раскрываютъ свою природу, такъ много прославляемую и поносимую, такъ часто отвергаемую и всегда снова отыскиваемую,—природу вещей. Природа вещей, разумъ явленій (Vernunft der Dinge), naturalis ratio, идея цѣли, потребность оборота, чувство права—служатъ только различными наименованіями одного и того же понятія. Сама жизнь съ ея наслоеніями фактовъ и потребностей поучаетъ человѣка, одареннаго стремленіемъ къ нравственному порядку, и указываетъ ему пути для образованія права [1]).

---

[1]) «Всякое знаніе, всякое пониманіе есть въ извѣстной мѣрѣ лишь истолкованіе божественной рѣчи, съ которой весь міръ обращается къ намъ; вещь говоритъ, самыя наглядныя до-

Изъ этого обильнаго источника черпаетъ и законодатель. Имъ питается и объясняется и образованіе обычнаго права. Изъ него римскіе юристы развили глубокія по своимъ основаніямъ положенія о res iudicata, возмѣщеніи ущерба, mora, отвѣтственности по обязательствамъ и др. Изъ него, хотя и не изъ одного его, современный юристъ заимствуетъ и новыя нормы для рѣшенія юридическихъ вопросовъ, не находящихъ себѣ разрѣшенія въ законѣ и обычаѣ. Даже по цѣлымъ отдѣламъ права, какъ, напримѣръ, такъ называемому, частному международному праву и ученію о дѣйствіи положеній права во времени,— до сихъ поръ еще отсылаютъ, въ сущности, къ этому же источнику.

Такъ какъ этотъ источникъ общедоступенъ, то можетъ возникнуть слѣдующій вопросъ: нужно ли вообще для рѣшенія дѣлъ устанавливать нормы путемъ законодательства и обычнаго права? Почему,— могъ бы сказать кто-нибудь,—намъ не удовольствоваться естественнымъ правомъ, заключеннымъ въ жизненныхъ отношеніяхъ какъ таковыхъ? Для чего нужны толкователи, которые могутъ знать свое дѣло, но могутъ и не знать?—Дѣйствительно, этой точки зрѣнія держалась очень почтенная въ наукѣ права школа, а именно—послѣдователи, такъ называемаго естественнаго права, и австрійское гражданское законодательство въ § 7 ссылается, по крайней мѣрѣ, въ смыслѣ вспомогательнаго средства, на «естественныя основныя положенія права». Однако, при этомъ допускается двоякая ошибка.

Положимъ, что характеръ того или другого пра-

казательства заимствуются изъ фактовъ. (Münchner) Allgemeine Zeitung 1885. Nr. 336 v. 4 Dezbr. Beiblatt.

воваго начала такъ опредѣленно выраженъ въ жизненныхъ отношеніяхъ, что дѣло должно итти лишь о выясненіи этого характера: это выясненіе все-таки будетъ субъективнымъ. Никто не черпаетъ изъ объективнаго разума, заложеннаго въ явленія, какъ изъ сокровища, хранимаго въ сундукѣ; возможно только приближеніе къ этому разуму при посредствѣ субъективнаго разума. Міръ съ его фактами, стремленіями и потребностями отражается въ головахъ отдѣльныхъ лицъ весьма различно. Какая пестрая масса мнѣній царила бы въ судахъ, если бы послѣдніе думали произносить рѣшенія на основаніи лишь «естественныхъ правовыхъ положеній»? Чего только подъ этой маской не проникло бы контрабандой въ судебныя рѣшенія? Куда дѣвалась бы тогда обезпеченность правовой жизни?—Всякому члену общества должна быть предоставлена возможность прочитать въ ясномъ письмѣ то, съ чѣмъ ему приходится сообразовать свой повседневный образъ дѣйствія, и освѣдомиться въ какихъ случаяхъ онъ можетъ ожидать для себя защиты права. Кромѣ того, и законодатель на своемъ сторожевомъ посту, и совокупная сила, производящая обычное право, вникаютъ въ существо и потребности жизненныхъ отношеній глубже, чѣмъ это можетъ сдѣлать средній человѣкъ.

Но и предопредѣленность права природой отношеній встрѣчается далеко не всегда въ той степени, которая предполагается. Нѣкоторыя соціальныя цѣли допускаютъ для своего обезпеченія различныя средства; но только одно изъ нихъ можетъ быть согласно съ правомъ. Какъ неопредѣленно и слабо намѣчаются иногда черты правоваго порядка въ фактическихъ

отношеніяхъ! Какъ, наконецъ, придти этимъ путемъ къ такимъ необходимымъ институтамъ положительнаго права, каковы, напр., институты давности, поземельныхъ книгъ, общаго платежнаго средства (aes signatum) и др.? Было время, когда судьямъ указывали, главнымъ образомъ, на этотъ источникъ для рѣшенія юридическихъ споровъ. Древне-германскіе шёффены дѣйствовали съ небольшимъ запасомъ положительнаго права. Но обсужденіе уже нѣсколько болѣе сложныхъ отношеній стало имъ не по плечу; они брали нормы для ихъ разрѣшенія то тамъ, то здѣсь, пока само общество, въ поискахъ за правомъ, не установило его для себя. Крѣпкій фундаментъ, въ которомъ нуждается оборотъ и его движеніе, можетъ быть данъ только установленнымъ (положительнымъ) правомъ,—затвердѣетъ ли оно въ очистительномъ огнѣ продолжительнаго и однообразнаго примѣненія или будетъ создано властнымъ повелѣніемъ законодателя. Среди путаницы мнѣній, желаній, надеждъ, положительное право стоитъ какъ скала, о которую разбиваются своекорыстныя стремленія. Допустимъ, что иногда непреклонность его причиняетъ вредъ, что неповоротливость, съ которою оно продолжаетъ развиваться, дѣйствуетъ на жизнь задерживающимъ образомъ: это будутъ невыгоды, которыми по недорогой цѣнѣ покупаются обезпеченность и безпартійность.

Итакъ, положительное право нормируетъ общественную жизнь; по этому положительному праву, а не по естественному, судятъ преступниковъ и рѣшаютъ процессы. Однако, не слѣдуетъ принижать значенія и естественнаго права или природы вещей.

Прежде всего, противоположность между естествен-

нымъ и положительнымъ правомъ не такъ рѣзка, какъ это кажется. При той ограниченности, какая характеризуетъ юридическія нормы, въ формѣ какъ закона, такъ и обычая, сравнительно съ разнообразіемъ оборота, приходится часто привлекать къ рѣшенію юридическихъ вопросовъ нормы, которыя заключаютъ въ себѣ мало элементовъ положительнаго права и тѣмъ больше заимствуются изъ природы вещей. Таковы именно нормы, выработываемыя при помощи высшихъ принциповъ права. Поэтому, не безъ основанія возникаетъ сомнѣніе и въ томъ, можно ли вообще относить такія нормы къ области положительнаго права [2]). Далѣе, постоянно развивающееся въ мыслящемъ человѣчествѣ представленіе о справедливомъ и цѣлесообразномъ порядкѣ жизненныхъ отношеній вызываетъ стремленіе къ дальнѣйшему развитію положительнаго права, къ поддержанію соотвѣтствія его съ потребностями юридической жизни каждаго даннаго момента этой жизни.

---

[2]) См. *Goldschmidt* въ цит. соч. Эти нормы представляются ему хотя и объективными, это вовнѣ данное право, но не положительными, такъ какъ онѣ покоятся не на актѣ воли правоваго общенія. Ср., однако, *Bar*, Internat. Privatr. 2 Aufl. I. Стр. 113 и ниже § 38 въ концѣ. Въ другомъ смыслѣ высказывается *Bähr* Urtheile des Reichsgerichts, стр. 10 и сл., о положительномъ правѣ. Онъ разумѣетъ подъ нимъ лишь одну составную часть дѣйствующаго права, и именно ту, которая стоитъ въ противоположеніи съ юридическими правилами, обязанными своимъ возникновеніемъ процессу научнаго мышленія, — съ такъ наз. научнымъ правомъ (wissenschaftliches Recht). *Bähr* имѣетъ при этомъ въ виду Corpus Iuris. Практическое значеніе этого различія заключается, будто бы, въ томъ, что примѣненіе права поставлено въ гораздо болѣе свободное положеніе относительно научнаго права и столько же управомочено, сколько и обязано, продолжать процессъ научнаго мышленія, обращая добытыя юридическія идеи на службу нашимъ жизненнымъ отношеніямъ.

§ 5.

5. Правоотношеніе и правовой институтъ *).

I. Путемъ свободной дѣятельности, какъ равно и черезъ посредство событій, независимыхъ отъ его воли, человѣкъ вступаетъ въ отношенія съ предметами внѣшняго міра—людьми и вещами. Прилагая свои силы и способности къ удовлетворенію своихъ физическихъ и духовныхъ потребностей, онъ подчиняетъ себѣ вещи, обязываетъ лица и самъ обязывается передъ лицами. То же дѣлаютъ и разнообразные человѣческіе союзы. Регулированіе и защита возникающихъ отсюда отношеній между людьми составляетъ задачу правоваго порядка. Вслѣдствіе же того, что этотъ послѣдній подчиняетъ своему господству жизненное отношеніе, указываетъ условія для признанія его правомъ, опредѣляетъ дѣйствіе этого отношенія въ области права, — бывшее прежде фактическимъ отношеніе возводится въ юридическое, жизненное отношеніе—въ правоотношеніе. *Правоотношенія суть признанныя объективнымъ правомъ жизненныя отношенія* [1]).

1. Не всѣ жизненныя отношенія, и даже не всѣ внѣшнія жизненныя отношенія являются правоотношеніями. Въ силу своей этической природы и со-

---

*) *Stahl*, Rechtsphilosophie, II Bd. 1. Buch 7. Kap.; *Savigny*, I § 4, 5, 53; *Thöl*, Einleitung § 41—43; *Ihering*, Geist I § 3; *Nenner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, стр. 4 и сл.; *A. Merkel* въ Holtzendorffs Encyklopädie § 20.

[1]) Римляне не имѣли для правоотношенія никакого подходящаго названія.

образно принадлежащей ему сферѣ дѣйствія, объективное право распространяетъ свою власть и порядокъ, какъ равно и свою защиту, лишь на тѣ внѣшнія жизненныя отношенія, которыя заслуживаютъ этого и нуждаются въ этомъ.

Заслуживаютъ они этого тогда, когда удовлетворяютъ умственнымъ и нравственнымъ интересамъ людей. Правовой порядокъ никогда не унижается до положенія слуги каприза или укрывателя безнравственности; безцѣльнымъ или нравственно непристойнымъ соглашеніямъ сторонъ онъ отказываетъ въ поддержкѣ [2]). Поэтому, напримѣръ, къ рисковымъ договорамъ (игра, пари) право относится, если не вполнѣ отрицательно, то весьма сдержанно.

Нуждаются въ защитѣ жизненныя отношенія настолько, насколько они доступны нарушенію со стороны человѣка и недостаточно защищены другой властью (морали, нравовъ). Дружба есть жизненное отношеніе, имѣющее высокую нравственную цѣну, и все-таки это не правоотношеніе; право съ полнымъ основаніемъ воздерживается отъ вмѣшательства въ отношенія супруговъ другъ къ другу или родителей къ дѣтямъ.

2. Право регулируетъ людскія отношенія въ виду ихъ связи съ жизнью цѣлаго общества; и власть оно имѣетъ только надъ людьми. Правоотношенія суть отношенія сосуществованія людей. Каждое изъ нихъ

---

[2]) Безнравственныя распоряженія: L 27 § 4 de pact. 2, 14; безцѣльныя: L 61 eod. L 15 pr. de serv. 8, 1 L 38, 39 SPU. 8, 2 L 8 § 6 mand. 17, 1; прихотливыя и шуточныя: L 22, 27 pr. de condic. inst. 28, 7 L 113 § 7 de legat I. *Ihering* въ своихъ Jahrb. XVIII стр. 82 и сл., 91 и сл. Rgr. XXIII Nr. 26 стр. 138, *Seuff.* XLIII. 111 (Rg.) ROHG. VI Nr. 48 стр. 224: Непризнаніе сдѣлки на разницу.

представляется сферою интересовъ и полномочій, отграниченной въ пользу одного и противъ другихъ. Каждое правоотношеніе содержитъ, поэтому, отношеніе управомоченнаго къ другимъ людямъ. Отсюда недалеко до того чтобы разсматривать правоотношенія, какъ урегулированныя отношенія между лицами [3]). И однакоже это пониманіе не подойдетъ къ тѣмъ отношеніямъ, которыя содержатъ въ себѣ на первомъ мѣстѣ отношеніе отдѣльнаго лица къ предметамъ, стоящимъ внѣ человѣка, и прежде всего — къ вещи. Юридическое регулированіе этихъ отношеній не исчерпывается указаніемъ того, чего не должны дѣлать другіе; оно опредѣляетъ и отношеніе управомоченнаго къ предмету, объемъ его юридической власти надъ предметомъ [4]). Въ такихъ случаяхъ есть, поэтому, достаточное основаніе говорить объ юридическомъ регулированіи отношенія лица къ безличному предмету [5]).

3. Практическое значеніе правоотношеній заключается въ вытекающихъ изъ нихъ правахъ и обязанностяхъ. Но существуютъ правоотношенія, изъ которыхъ непосредственно не вытекаетъ ни правъ ни обязанностей. Такъ, напримѣръ, родство есть регули-

---

[3]) *Savigny* I стр. 333; *Windscheid* § 38; *Neuner* стр. 9 и слѣд.; *Rümelin*, Reden II стр. 343; *Bierling*, II стр. 129 и сл.; *Lenel*, Exceptionen стр. 11 и слѣд.; *A. Merkel* въ Holtzendorffs Encykl. § 21; *Oertmann*, Iher. Jahrb. XXXI стр. 415 и сл.

[4]) Собственникъ не можетъ произвольно сводить лѣсъ, не можетъ, только ради причиненія другимъ вреда, копать на своемъ участкѣ, отыскивая воду; управомоченный по сервитуту долженъ пользоваться своимъ правомъ, соображаясь съ интересами собственника и т. д. L 9 de serv. 8, 1, L 24 § 12 de dam. inf. 39, 2, L 1 § 12 de aqua et aq. pluv. 39, 3.

[5]) Съ этимъ согласенъ Іерингъ въ своемъ Jarb. X стр. 393; *Dernburg* I § 22 пр. 5; *Kohler* Grünhuts Z. XIV стр. 6 и сл.

рованное правомъ отношеніе между лицами, но само по себѣ оно не создаетъ ни права ни обязанности. Тѣмъ не менѣе, эти правоотношенія — не вполнѣ безплодны, такъ какъ едва лишь къ нимъ привступаетъ новое фактическое обстоятельство, какъ оно получаетъ значеніе плодоноснаго зародыша, вызывающаго права и обязанности: таковы, напримѣръ, безпомощность или смерть родственника въ отношеніяхъ родства.

II. Мы говоримъ о правоотношеніи въ двоякомъ смыслѣ. Когда Гай продаетъ свою лошадь Семпронію за 1000 марокъ, тогда возникающее отсюда отношеніе мы называемъ правоотношеніемъ и, насколько это отношеніе составляетъ предметъ юридическаго спора, — юридическимъ казусомъ (casus). Напротивъ, въ догматическомъ положеніи: отношеніе купли производитъ для продавца обязанность передать товаръ, то же слово означаетъ нѣчто другое, а именно — отвлеченный составъ отношенія, который берется изъ разсмотрѣнія цѣлаго ряда практическихъ случаевъ. То — фактически осуществившееся, *конкретное*, это — типическое, *абстрактное* правоотношеніе. Съ тѣмъ имѣетъ дѣло судья, съ этимъ — законодатель и теоретикъ.

Абстрактныя правоотношенія въ общемъ порядкѣ явленій представляютъ собою точки покоя. Они входятъ членами въ общій правовой порядокъ, и подобно тому, какъ этотъ послѣдній въ цѣломъ есть учрежденіе (eine anstaltliche Erscheinung), то же самое нужно сказать и объ его отдѣльныхъ членахъ. Разсматриваемые съ этой стороны, члены правоваго порядка называются *правовыми институтами*. Въ институтахъ права мы видимъ совокупное явле-

ніе; въ отдѣльныхъ отношеніяхъ, напротивъ, мы останавливаемся на связи одного предмета съ другимъ; здѣсь — больше личнаго и подвижнаго, тамъ — больше предметнаго и покоящагося.

Каждое правоотношеніе находитъ въ правовомъ институтѣ соотвѣтствующую ему основную форму. Нѣкоторые правовые институты обнимаютъ много абстрактныхъ правоотношеній. Напримѣръ, цессія заключаетъ въ себѣ отношеніе цедента къ цессіонарію, цедента къ должнику, цессіонарія къ должнику.

Правовые институты суть упорядоченныя правомъ основныя формы, въ которыхъ вращается общественная жизнь. Они стоятъ между собою въ связи: одни изъ нихъ являются переходной ступенью для другихъ (напримѣръ, завѣщаніе для соотвѣтствующаго ему порядка наслѣдованія), другіе — родомъ, въ который отдѣльные иные институты входятъ, какъ виды. Изслѣдованіе этой связи представляетъ намъ право съ его систематической стороны.

Положенія права примыкаютъ къ правоотношеніямъ, правоотношенія собираются въ правовые институты, правовые институты — въ отдѣлы права, а отдѣлы права образуютъ въ своемъ конечномъ соединеніи правовое цѣлое, единство права.

Каждый членъ этого цѣлаго въ одинаковой мѣрѣ и обусловливаетъ другіе и обусловливается ими. Поэтому, обзоръ цѣлаго и пониманіе связи членовъ имѣетъ важное значеніе и для уразумѣнія отдѣльныхъ положеній права. Въ такомъ отношеніи къ дѣлу заключается превосходство научно-образованнаго юриста надъ простымъ рутинеромъ.

§ 6.

6. Субъективное право*).

Жизненныя отношенія доставляютъ пользованіе жизненными благами, т. е. они доставляютъ то, что имѣетъ для насъ цѣну въ смыслѣ удовлетворенія потребности, интереса. Благо можетъ быть матеріальнымъ или моральнымъ, имѣющимъ денежную цѣнность или неимѣющимъ ея, какъ, напримѣръ, свобода, честь, принадлежность къ семейному или государственному союзу и т. д. Въ правоотношеніи благо, какъ защищенное юридически, является юридическимъ благомъ [1]). Естественное стремленіе отдѣльныхъ лицъ получить ту свободу въ общественной жизни и привести въ дѣйствіе ту власть, которыя требуются для пользованія жизненными благами, регулируется правовымъ порядкомъ. Этотъ послѣдній при извѣстныхъ условіяхъ признаетъ и гарантируетъ за отдѣльнымъ лицомъ извѣстную сферу

---

*) *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd II, Buch 2, Kap. 6 § 82; *Trendelenburg*, Naturrecht § 45, 86; *Ihering*, Geist III § 60, 61 и въ его Jahrb. X стр. 392 и сл.; *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht стр. 147 и слѣд. и въ Grünhuts Z. VII стр. 231 и слѣд.; *Schey* тамъ же VII стр. 756 и слѣд.; *Leonhard*, тамъ же IX стр. 1 и слѣд.; *L. Seuffert*. тамъ же XII стр. 617 и слѣд.; *Kohler*, тамъ же XIV стр. 1 и слѣд.; *Bierling*, Kritik der jurist. Grundbegriffe II стр. 49 и слѣд.; *A. Merkel*, Jurist. Encyklopädie § 159 — 170 и въ Holtzend. Encykl. 5 Aufl. стр. 38 и слѣд,; *Schuppe*, Der Begriff des subjectiven Rechts 1887; *Pernatzik*, Arch. für öffentl. Recht V стр. 232 и слѣд., появившаяся въ 1890 г. въ отдѣльныхъ оттискахъ.

[1]) О понятіи юридическаго блага трактуетъ *Binding*, Normen I стр. 187 и сл., 2 Aufl. стр. 388 и сл. и Handbuch I стр. 169; сюда же относится *Lieszt* Z. f. Straf. RW. VI стр. 675 и сл.

свободы и власти для осуществленія указаннаго пользованія, все равно — направляется ли власть эта на вещь или на лицо. Такъ возникаютъ признанные правомъ и защищенные имъ круги интересовъ и власти: это и будутъ права отдѣльныхъ лицъ, *субъективныя права.*

Для выясненія этого труднаго и спорнаго понятія надо замѣтить слѣдующее.

1. Власть, принадлежащая лицу въ видѣ субъективнаго права, всегда имѣетъ отношеніе къ другимъ лицамъ (§ 5 I); право одного лица создаетъ обязанность или одного или многихъ или даже всѣхъ лицъ и, притомъ, обязанность что-либо сдѣлать или чего-либо не дѣлать. Принимая въ соображеніе эту сторону вопроса, одна довольно распространенная теорія усматриваетъ сущность субъективнаго права въ притязаніи на исполненіе обязанности, вытекающей изъ юридической нормы [2]). Это можетъ быть вѣрно для обязательственныхъ и нѣкоторыхъ другихъ правъ, но не исчерпываетъ содержанія всѣхъ правъ. Стоитъ сдѣлать, напримѣръ, опытъ съ описаніемъ права собственности или авторскаго права на основаніи того только, что другіе должны дѣлать и чего они не должны дѣлать, чтобы тотчасъ же бросилась въ глаза неудовлетворительность такого опредѣленія.

Другіе усматриваютъ, напротивъ, центръ тяжести понятія субъективнаго права въ дозволеніи желать или дѣйствовать (Wollen oder Handelndürfen), обезпечиваемомъ правовымъ порядкомъ. Они опредѣ-

---

[2]) *Trendelenburg*, Ahrens Jur. Encyklop. стр. 50; *Köder*, Grundzüge des Naturr. § 51; *L. Seuffert*, цит. соч.

ляютъ субъективное право какъ предоставленное правовымъ порядкомъ господство воли [3]). Въ этомъ опредѣленіи вѣрно то, что оно признаетъ право въ самомъ его существѣ властью. Противъ него возражали, что при такомъ пониманіи субъективнаго права дѣти и душевнобольные, не имѣющіе способности къ дѣйствію, были бы лишены субъективныхъ правъ. Это возраженіе неосновательно, потому что воля вмѣсто управомоченнаго можетъ быть осуществлена и другимъ лицомъ (§ 7). Тѣмъ не менѣе, приведенное опредѣленіе не удовлетворительно въ виду его неполноты и формализма. Воля и власть, образующія содержаніе субъективнаго права, суть не что-либо абстрактное, а пріурочены къ извѣстному интересу, ради обезпеченія котораго онѣ только и признаются и имъ же характеризуются [4]).

Іерингу принадлежитъ въ юриспруденціи заслуга низведенія понятія права изъ заоблачнаго пространства на реальную почву. Впрочемъ, основательно нападая на односторонность, Іерингъ самъ впалъ въ другую: по его ученію, права суть юридически защищенные интересы [5]). Слово

[3]) Это господствующее опредѣленіе. *Arndts* § 21; *Puchta* § 29; *Savigny* I стр. 7; *Windscheid* § 37; *Unger* I стр. 488; *Wach*, Grünhuts Z. VI стр. 553; *Schlossmann*, Vertrag стр. 244; *Krainz* I стр. 192. Совершенно абстрактно *Kierulff* § 9: «Право отдѣльнаго лица (das einzelne Recht) есть конкретное единеніе воли государства и воли отдѣльнаго лица». Относительно *Schuppe* ср. *Merkel*, Holtzendorffs Encycl. 5. A. Стр. 39.

[4]) *A. Merkel*, Holtz. Encykl. 5. Aufl. Стр. 40; *Bernatzik*, цит. соч. § 5 и сл. Еще раньше *Kosin*, Hirths Annalen 1883 § 14, защищалъ мысль о соединеніи моментовъ цѣли и воли въ понятіи права.

[5]) Geist III § 60 прим. 445. Впрочемъ еще раньше, но, кажется, не обративъ на себя вниманія, высказывался подобнымъ же образомъ *Bähr*, Rechtsstaat (1864) стр. 52 пр. 11.

«интересъ» имѣетъ много значеній: въ субъективномъ смыслѣ оно означаетъ желаніе извѣстной выгоды (Genuss), въ объективномъ — выгоду, на которую направляется желаніе [6]). Если въ основу указаннаго опредѣленія положить объективное значеніе понятія интереса, то выгода будетъ цѣлью права и, какъ таковая, получитъ, несомнѣнно, большое значеніе для существа права; по (типической) цѣли (экономическій доходъ отъ вещи, обратное полученіе ссуженной вещи, вознагражденіе за ущербъ и т. д.) окажется выкроеннымъ все право. Но существо права не покрывается его цѣлью. Существо права — во власти или мощи; право есть власть, направленная на удовлетвореніе признаннаго интереса [7]).

Сюда присоединяется еще слѣдующее: субъективное право — не единственный путь, ведущій къ юридической защитѣ интересовъ. Законъ объ обязательномъ оспопрививаніи защищаетъ интересъ, который я имѣю въ томъ, чтобы заболѣваніе оспой было, по возможности, устранено: такъ называемая, Lex Iulia de fundo dotali защищаетъ интересъ жены, такъ называемое, формальное право наслѣдованія въ указныхъ доляхъ — интересъ sui; и одиакоже, защитѣ всѣхъ этихъ интересовъ не соотвѣтствуетъ ни одно субъективное право [8]). Тутъ и тамъ, защита осуществляется безъ всякаго участія лица защищаемаго.

---

[6]) *Leonhard*, Irrtum. Стр. 113 пр. 3. Ср. теперь также *Ihering*, Der Besitzwille стр. 25 пр. 1 и *Binding*, Normen 2 Aufl. I стр. 356.

[7]) Моментъ власти (другіе говорятъ: воли) оттѣняютъ: *Bruns*, Holtzend. Encyklop.: Das heut. röm. Privatr. (§ 13); *Rosin*, цит. соч.; *A. Merkel*, jur. Encykl. § 159 и у Holtzendorff. § 21; *Bekker* § 18 Beil. I; *Bernatzik*, цит. соч. § 12. Далѣе идетъ *Laband* Staatsr. 2 Aufl. I стр. 63.

[8]) Это, впрочемъ, не ускользаетъ и отъ вниманія Іеринга. Ср. Geist III § 61 вначалѣ.

Но субъективное право мы имѣемъ лишь тогда, когда правовой порядокъ предоставляетъ осуществленіе признанной имъ цѣли заинтересованному лицу и ради этого признаетъ за нимъ юридическую власть. Только такимъ путемъ создается отдѣльный кругъ правъ, въ которомъ данное лицо является опредѣляющимъ элементомъ [9]).

2. Слово «право» примѣняется на юридическомъ языкѣ и къ той области возможныхъ и дозволенныхъ дѣйствій, которыя, не принадлежа никогда лицу самостоятельно, являются только послѣдствіемъ какого-нибудь права, напримѣръ: право пользованія, отчужденія, компенсаціи. Точнѣе, это правовыя полномочія [10]). Права являются членами порядка жизненныхъ отношеній; напротивъ, полномочія суть какъ бы лучеиспусканія правъ. Права можно назвать центрами полномочій, но не суммами, такъ какъ собственность, отеческая власть и т. д. составляютъ единства, а не простыя наименованія суммъ [11]). Впрочемъ, о полномочіи говорятъ и тогда, когда что-либо не запрещено: напримѣръ, всякій имѣетъ полномочіе ловить бабочекъ. Это — actes de pure faculté et de simple tolérance французскаго права.

3. Отъ субъективныхъ правъ слѣдуетъ, далѣе, отличать *правовыя свойства* субъектовъ. Правоспособность, дѣеспособность, способность распоряженія —

---

[9]) *Bernatzik*, цит. соч. Стр. 232 (64).

[10]) Источники употребляютъ для обозначенія этого понятія то же выраженіе ius. Gai. I, 2,6: *ius* edicendi L. 1 pr. de offic. iur 1,21 L 4 pr. si serv. vind. 8,5 и др. Кромѣ того, выраженія: potestas и facultas, Gai. IV 123 L 5 § 14 (L 6 § 12) de neg. gest. 3,5 и др.

[11]) Ср. *Brinz*, 2 Aufl. § 64. *Binding*, Normen 2 Aufl. I стр. 343 противополагаетъ Rechtsbefugnisse и Rechtsgewalten, т. е. юридическое полномочіе и юридическую власть.

служатъ предположеніями для пріобрѣтенія, обладанія и передачи правъ, сами, однако, столь же мало являются правами, какъ и ихъ фактическія основанія, т. е. зрѣлость, совершеннолѣтіе и т. д. [12]). Смѣшеніе понятій правъ и правовыхъ свойствъ внесло путаницу, напримѣръ въ ученіе о примѣненіи новыхъ законовъ (§ 40).

4. Объ отношеніи права къ притязанію см. § 45.

§ 7.

7. Субъектъ права*).

I. Мы характеризовали субъективное право какъ совокупность полномочій, разсчитанныхъ на обезпеченіе какого-нибудь интереса. Иначе, это кругъ власти или власть, взятая въ смыслѣ не субъективной способности, а объективной принадлежности Каждый такой кругъ власти примыкаетъ къ извѣстному субъекту, который и есть носитель права субъектъ права, управомоченный.

Этому понятію не противорѣчатъ и тѣ случаи.

---

[12]) Римляне и здѣсь употребляли слово ius, напр.: ius suffragii et honorum, commercium est emendi vendendique invicem jus, Ulp. XIX 5; напротивъ: Conubium est uxoris iure ducendae facultas. Наше «пассивное избирательное право» есть способность быть избраннымъ. Обязательное страхованіе въ смыслѣ новыхъ соціально-политическихъ законовъ является правовымъ свойствомъ. *Rosin*, Recht der Arbeiterversicherung I стр. 434.

*) *Ihering*, Geist III § 61; *Bekker*, Jher. Iahrb. XII Abh. 1 и Pand § 19 (къ этому *L. Seuffert*, krit. V. J. Schr. XXIX стр. 51); *Bierling*, Kritik der jur. Grundbegriffe II стр. 74 и сл.; *A. Merkel*, jurist. Encyklopädie § 171—190.

когда содержащіяся въ правѣ полномочія осуществляются не носителемъ права, а другимъ лицомъ,— если, напримѣръ, опекунъ осуществляетъ принадлежащее малолѣтнему, въ качествѣ собственника, полномочіе на отчужденіе его собственности. Во всякомъ случаѣ, осуществленіе права другимъ лицомъ, вмѣсто носителя его, предполагаетъ между обоими юридическое отношеніе, установленное путемъ уполномоченія. Этимъ данный случай отличается отъ того, когда одно лицо фактически присвоиваетъ себѣ воздѣйствіе на объектъ права другого, и такъ какъ уполномоченіе не основано необходимо на актѣ воли управомоченнаго лица, но можетъ исходить также и отъ публичной власти (должностное лицо) или непосредственно отъ закона, то признаніе правъ за недѣеспособными лицами, какъ, напримѣръ, душевнобольными и дѣтьми, не противорѣчитъ вовсе и установленному выше понятію субъекта права [1]). Благодаря укрѣпленію правъ за недѣеспособными лицами, источникъ пользованія этими правами сохраняется для нихъ несмотря на перемѣны въ лицѣ представителей пользованія. Во всякомъ случаѣ, недѣеспособный или вовсе не можетъ имѣть правъ, которыя не допускаютъ пользованія черезъ другихъ, — каково, напримѣръ, политическое избирательное право, — или можетъ обладать подобными правами только въ состояніи покоя, напримѣръ, опекой.

II. Вообще право признается за тѣмъ, кому принадлежитъ защищаемый имъ интересъ. Поэтому носителемъ права и интереса служитъ обыкновенно

---

[1]) Такъ, право охоты иногда принадлежитъ лицу, которое не можетъ охотиться; монархъ есть субъектъ судебной власти, тогда какъ осуществленіе ея находится исключительно въ рукахъ судовъ.

одинъ и тотъ же субъектъ. Однако, эта связь является не необходимой.

Она не порывается, но ослабѣваетъ, когда осуществленіе права передается другому въ его выгодахъ (in rem suam), такъ какъ тутъ и интересъ управомоченнаго находитъ себѣ удовлетвореніе. Но встрѣчаются права, которыя принадлежатъ управомоченному въ исключительномъ интересѣ другаго. Въ этихъ случаяхъ носителемъ права является уже иное лицо, чѣмъ носитель интереса. Такими носителями права будутъ фидуціарно управомоченныя или довѣренныя лица (die Treuenhänder, trustees).

III. Въ виду изложеннаго—кажется, что наличность субъективнаго права необходимо предполагаетъ наличность носителя права, и что допущеніе безсубъектнаго субъективнаго права было бы внутреннимъ противорѣчіемъ. Тѣмъ не менѣе, мы встрѣчаемъ и такія явленія, которыя заключаютъ въ себѣ всѣ признаки субъективнаго права, за исключеніемъ носителя права. Именно, положительное право считаетъ иногда правомъ состояніе, наступающее по отпаденіи прежняго субъекта, въ ожиданіи пріобрѣтенія этого права другимъ субъектомъ [2]), или даже признаетъ возникновеніе подобнаго правоваго состоянія сначала безъ всякаго субъекта [3]). Если умираетъ лицо, обла-

---

[2]) О различіи между рабомъ, который принадлежитъ лежачему наслѣдству, и рабомъ брошеннымъ, дерелинквированнымъ, Помпоній говоритъ въ L 36 de stipul. serv. 45, 3: alter hereditatis iure retinetur... alter—voluntate domini derelictus non potest ad usum eius pertinere, a quo relictus est. Другіе примѣры изъ римскаго права представляютъ собою: военный плѣнъ обладающаго имуществомъ лица въ L 1 de captivis 49, 15; по ученію прокулеянцевъ — legatum per vindicationem, Gai II 200.

[3]) L 3 § 6 L 20 (21) § 1 de neg. gest. 3, 5 L 14 H. P. 5, 3 L 13 § 2 ad leg. Ag. 9, 2.

дающее какимъ-нибудь правомъ, и у него не находится тотчасъ же наслѣдниковъ, то по отношенію къ внѣшнему міру въ состояніи этого права не происходитъ никакой перемѣны. Пріобрѣтенія въ пользу такого наслѣдства, называемаго «лежачимъ» (hereditas jacens), создаютъ всѣ послѣдствія права. Возможно даже осуществленіе подобныхъ правъ.

Какъ называть эти явленія—безсубъектными ли правами [4]) или пассивной стороною права [5]), или объективнымъ состояніемъ права [6]), — это не важно. Суть въ томъ, что положительнымъ правомъ признаются и защищаются конкретныя сферы власти, которыя временно не имѣютъ носителя. Кто думаетъ обойти представляющееся здѣсь отступленіе отъ общаго правила путемъ фикціи субъекта тотъ впадаетъ въ самообманъ. Фикція не создаетъ дѣйствительности, а только возвѣщаетъ ея отсутствіе.

Идея безсубъектныхъ правъ покажется намъ менѣе удивительной, если мы примемъ въ соображеніе, что это — промежуточныя, преходящія явленія, которыя можно называть правами, ожидающими своего господина, — и что, далѣе, безъ субъекта могутъ существовать лишь тѣ права, которыя содержатъ въ себѣ непосредственное отношеніе управомоченнаго лица

---

[4]) *Windscheid*, Aktio. Стр. 237 и сл. и Pand. § 49 пр. 2, 3. Существуютъ ли безсубъектныя права, этотъ вопросъ въ новѣйшее время много обсуждался, но едва ли плодотворно, ибо въ сущности тутъ спорятъ о словахъ. Ср. указанія литературы у *Windscheid*, § 49 пр. 3. Не слѣдуетъ замѣшивать сюда такъ наз. юридич. лица.

[5]) *Ihering* Iahrb. X стр. 387 и слѣд.

[6]) *Bekker* § 18 Beil. III въ положеніи, заслуживающемъ полнаго вниманія.

къ предмету, стоящему внѣ этого лица: право на свободу, честь, тѣлесную неприкосновенность и др. безъ субъекта немыслимо [7]).

§ 8.

8. Юридическая обязанность *).

Правовой порядокъ не исчерпывается предписаніями о томъ, что̀ дозволено дѣлать отдѣльному лицу въ общественной жизни подъ защитой права и что̀ въ его дѣйствіяхъ можетъ сопровождаться юридическими послѣдствіями. Этими предписаніями правовой порядокъ не исчерпывается уже потому, что при созданіи круга власти для одного лица является необходимость обязать къ соотвѣтствующему поведенію (дѣйствію или воздержанію) всѣхъ другихъ лицъ, которыя привлекаются въ этотъ кругъ власти или могутъ вторгнуться въ него. Рядомъ съ правами выступаютъ юридическія обязанности, рядомъ съ поддержкой воли, ея укрѣпленіемъ — связанность воли.

I. Юридическая обязанность или должное (Soll), опредѣляемое положительнымъ правомъ, вообще является лишь обратной стороною субъективнаго права. Праву, которое даетъ непосредственную власть надъ лицами, соотвѣтствуетъ обязанность послѣднихъ дѣлать или не дѣлать то, что опредѣлено правомъ,

---

[7]) Въ болѣе значительномъ объемѣ безсубъектныя права допускаетъ такъ наз. теорія цѣлеваго имущества (Zweckvermögenstheorie).

*) *Wächter*, Württ. PR. II § 33; *Brinz*, 1 Aufl. Стр. 1152 и сл., 2 Aufl. § 455; *Ihering*, Zweck im Recht (1 A.) I Стр. 72; *Bierling*, Kritik der iur. Grundbegriffe § 114—116, 139 и сл., *A. Merkel*, Iurist. Encyklopädie § 165.

или вести себя вообще сообразно требованіямъ управомоченнаго лица. За правами на безличные объекты стоитъ приказъ, обращенный ко всѣмъ другимъ лицамъ, о воздержаніи ихъ отъ всякаго вторженія въ этотъ кругъ правъ, не говоря уже о разнообразныхъ обязанностяхъ собственника, вытекающихъ изъ отношеній сосѣдства, общественной жизни и др.

Но не каждой юридической обязанности соотвѣтствуетъ субъективное право. Гдѣ то право, которое соотвѣтствовало бы опредѣленію XII таблицъ — въ patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto, — или — фидеикоммиссу свободы? [1]) Какому праву соотвѣтствуетъ обязанность наслѣдодателя упомянуть въ завѣщаніи о необходимыхъ наслѣдникахъ? [2]) или — гдѣ право, вытекающее изъ обязанности государства по содержанію публичныхъ путей сообщенія? Или даже—изъ обязанности главы государства по охраненію даннаго государственнаго устройства? Эти примѣры, которые легко можно было бы умножить, учатъ остерегаться—подставлять субъективное право всюду, гдѣ имѣется юридическая обязанность, или не признавать за подобной обязанностью, по недостатку противостоящаго субъективнаго права, свойствъ юридической обязанности. Юридическая обязанность или связанность лицъ безъ соотвѣтствующаго субъективнаго права находитъ свое подобіе въ юридической связанности вещей, не покрываемой противостоящимъ ей правомочіемъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ случаѣ вещей, состоящихъ въ общемъ пользованіи.

---

[1]) L 50 § 1 H. P. 5, 3 L 7 de annuis leg. 33, 1 L 92 de condic. et dem. 35, 1.

[2]) *Hofmann*, Krit. Studien im Röm. R. Стр. 197.

Тамъ, гдѣ право и обязанность соотвѣтствуютъ другъ другу, отношеніе ихъ бываетъ не всегда одинаковое. Часто обязанность выступаетъ какъ слѣдствіе права; но встрѣчается также и то, что право является слѣдствіемъ обязанности и послѣдняя образуетъ центръ тяжести: напримѣръ, обязанность доставлять содержаніе (алименты), давать приданое [3]).

II. Обязанность, подобно праву, предполагаетъ ея носителя, обязаннаго. Однако, тутъ повторяется то же явленіе, что и при субъектѣ права, т. е. состояніе, предполагающее носителя — субъекта, признается за юридическое и пользуется защитой, несмотря на временное отсутствіе субъекта, такъ что является кругъ обязанностей безъ лица, обязаннаго въ данное время. Долгъ не прекращается, когда должникъ умираетъ и не находится немедленно наслѣдника; веденіе дѣлъ въ интересахъ лежачаго наслѣдства создаетъ требованіе о вознагражденіи за издержки, хотя до извѣстнаго времени не имѣется должника [4]).

Исполненіе многихъ, но не всѣхъ юридическихъ обязанностей допускаетъ представительство. Въ этихъ предѣлахъ возможно и наложеніе обязанностей на недѣеспособныхъ [5]).

Вообще право и обязанность распредѣляются между различными лицами. Но возможно и то, что извѣстное право является одновременно и обязанностью [6]). Мы имѣемъ здѣсь въ виду не нравственную

---

[3]) *Brinz*, цит. соч.; Mandry Familiengüterrecht I, Стр. 231 и сл.

[4]) L 24 de novat. 46, 2 L 20 (21) § 1, 2 de negot. gest. 3, 5 L 11 pr, de pecun. const. 13, 5 L 3 pr. de pecul. 15, 1.

[5]) L 3 § 4 de neg. gest. 3, 5.

[6]) Ср. *Thon*, Rechtsnorm. Стр. 125 и слѣд.

обязанность человѣка дѣлать изъ юридической власти только такое и непремѣнно такое употребленіе, котораго требуетъ оправдываемый съ нравственной точки зрѣнія интересъ. Подобная обязанность существуетъ при всѣхъ правахъ, даже при тѣхъ, которыми управомоченный обладаетъ «ради самого себя». Но есть права, при которыхъ юридическая дозволенность дѣйствія возводится въ юридическую обязанность, напримѣръ: право отца на воспитаніе дѣтей, избирательное право, принадлежащее гражданамъ государства. Это все—такія права, которыя предоставлены управомоченному для осуществленія не своего, но — по крайней мѣрѣ, преимущественно, — чужаго интереса. Вотъ почему существу этихъ правъ не противорѣчитъ и угроза штрафомъ за непользованіе ими.

III. Римляне не имѣли одного общаго названія для юридической обязанности. Obligatio обнимаетъ даже изъ гражданско-правовыхъ обязанностей одну только часть, другая — выражается словомъ officium, которое заключаетъ въ себѣ этическій моментъ, выходящій за предѣлы права [7]). Но и этимъ кругъ юридическихъ обязанностей не исчерпывается. Ни подъ obligatio, ни подъ officium не подойдутъ обязанности: владѣльца чужой вещи—выдать эту послѣднюю [8]), собственника зданія, обремененнаго серви-

---

[7]) Officium arbitri qui arbitrium recepit L 3 § 1 de receptis 4, 8,—tutoris и curatoris L 31 § 14 de aed. ed. 21, 1—наслѣдодателя въ отношеніи лицъ, управомоченныхъ на полученіе законной доли въ наслѣдствѣ L 2 de inoff. testam. 5, 2,—officia въ области семейственнаго права, о чемъ *Brinz* и *Mandry* въ цит. соч.; также *Brinz*, Festgabe für Planck (1887) стр. 23; *Pernize*, Labeo I стр. 411, пр. 15.

[8]) Съ этимъ можетъ связываться обязанность и по началамъ обязательственнаго права. *Kuntze*, die Obligationen im röm. und heut

тутомъ oneris ferendi, — исправить это зданіе [9]), фидуціарія — вступить въ наслѣдство согласно Sc. Pegasianum обязанности изъ отношеній сосѣдства, собственности и т. д. [10]).

II. Объ юридическихъ нормахъ въ особенности.

А) *Основанія возникновенія.*

§ 9.

1. Обзоръ *).

Что народы и всѣ болѣе или менѣе значительныя и продолжающіяся общенія людей стоятъ подъ го-

---

Reht (1886). Стр. 37 и сл. Стоитъ ли обязанность владѣльца оказать вещь (Exhibition) внѣ obligatio? Утвердительно отвѣчаетъ на этотъ вопросъ *Бринцъ*, II, § 324, пр. 40—47.

[9]) По крайней мѣрѣ, въ представленіи римскихъ юристовъ. *Jhering* въ своихъ Jahrb. X стр. 554 и сл.

[10]) *Hartmann*, die Obligation. Стр. 141 и сл.

*) *Hugo* въ своемъ Civilistische Magasin Bd. IV Abh. 4: «Законы—не единственные источники юридическихъ истинъ» (1813). *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für G.—gebung und R.—wissenschaft (1814. 3 Aufl. 1840) и System I § 7—11; *Puchta*, Gewohnheitsrecht I, стр. 133—180 и Iustitutionen § 10—12; *E. Meier*, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861); къ этому—*Regelsberger*, Krit. *VJSchr.* IV стр. 321—348 и *Scheurl*, Z. f. Kirchenreht II стр. 184 и сл., III стр. 30 и сл., 387 и сл.; *Adickes*, Die Lehre von den Rechtsquellen (1872), сюда относится *Brinz*, Krit. *V.J.Schr.* XV Стр. 162—165; *Bierling*, Kritik der iurist. Grundbegriffe I (1877); *Ihering*, Zweck im Recht I Kap. VIII; *Zitelmann*. Civ. Arch. LXVI. Стр. 323—468 (1883); *A. S. Schultze*, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung I (1883); *Sturm*, Recht und Rechtsquellen (1883); *Leist*, Gräkoitalische Rechtsgeschichte (1884) Стр. 479 и сл.; *Binding*, Handbuch des Strafrechts I § 40—42; *A. Merkel*, Iurist. Encyklopädie § 102—121; *Gneist* въ Iuristische Abhandlungen der Berl. Fak. Festgabe für Beseler (1885) Стр. 223—252; *Rümelin*, Jher. Iahrb. XXVII Abh. 3 (1889); *Schuppe*, Das Gewohnheitsrecht (1890).

сподствомъ нормъ, имѣющихъ внѣшнюю обязательную силу, — это фактъ, не подлежащій спору. Но откуда берутся эти нормы? Говорить, что онѣ исходятъ отъ законодательной власти, не значитъ разрѣшить этотъ вопросъ. Не касаясь вовсе того, что этимъ утвержденіемъ ставится новый вопросъ о томъ, не есть ли самая законодательная власть созданіе права,—мы всюду находимъ въ силѣ значительное число положеній права, которыхъ не создавалъ законодатель и которыя никогда не доходили даже до его свѣдѣнія. Существуетъ, слѣдовательно, не одно, а нѣсколько основаній возникновенія юридическихъ нормъ. Какія же это основанія и имѣютъ ли они общій первоисточникъ?

I. Глубже, чѣмъ это дѣлалось прежде, поставленные вопросы были изслѣдованы Савиньи и Пухтой. Ихъ взглядъ долгое время господствовалъ въ юриспруденціи и теперь еще находитъ сторонниковъ. Право,—учатъ они,—подобно обычаю и языку, беретъ свое начало въ духовной силѣ творчества народа Внутри народа образуется единое убѣжденіе о порядкѣ совмѣстной жизни. Такое убѣжденіе всего непосредственнѣе и неподдѣльнѣе обнаруживается въ однообразномъ и продолжающемся болѣе или менѣе значительное время — образѣ дѣйствія людей, принадлежащихъ къ этому народу (обычное право), затѣмъ — въ дѣятельности законодательной власти (право закона), наконецъ — въ научной и практической обработкѣ права (право юристовъ). Однако, обычай, законъ и юриспруденція являются только формами выраженія права, которое творится въ невидимой мастерской народнаго духа.

Теорія Савиньи и Пухты сводитъ правообразованіе

къ болѣе глубокому основанію, чѣмъ то, которое принималось до нея. Въ этомъ — ея преимущество передъ прежнимъ, механическимъ взглядомъ на возникновеніе права. Но и она страдаетъ многими недостатками.

Прежде всего, остается необъясненнымъ правообразованіе внутри такихъ человѣческихъ обществъ, которыя не имѣютъ подъ собою національной почвы: напримѣръ, большія христіанскія религіозныя общенія. То же нужно сказать и объ образованіи международнаго права. Поэтому, слѣдовало бы, по меньшей мѣрѣ, расширить правообразующіе круги и поставить рядомъ съ народомъ и нѣкоторыя другія общенія [1]).

Далѣе, нельзя не признать самообольщенія и въ томъ взглядѣ, что народный духъ даетъ начало вполнѣ зрѣлымъ положеніямъ права безъ всякаго внѣшняго ихъ обнаруженія. Даже у отдѣльнаго человѣка, по свидѣтельству опыта, мысль получаетъ твердую и устойчивую форму лишь съ выраженіемъ ея въ словѣ или дѣйствіи, и нерѣдко наше выраженіе не вполнѣ отвѣчаетъ тому мысленному образу, которому мы стараемся дать ту или другую форму. Насколько же болѣе все это должно имѣть мѣсто при многоголовомъ кругѣ лицъ, образующемъ собою народное общеніе.

Но если бы даже убѣжденіе и образовалось, неужели оно можетъ само по себѣ сообщить силу власти

---

[1]) Такимъ образомъ старался пополнить взглядъ исторической школы *Regelsberger*, Krit. V. Ischr. IV стр. 342 и слѣд. Основательно замѣчаетъ *Binding*, Handbuch I § 40 пр. 1, что вопросъ о томъ, въ какихъ кругахъ образуется право, изслѣдованъ еще недостаточно. Ср., что касается обычнаго права, *Gneist*, цит. соч., стр. 231.

тому, что имъ признано за право? Между тѣмъ, право связано неразрывно съ понятіемъ власти.

Представленіе исторической школы о правообразованіи заключаетъ въ себѣ преувеличеніе правильной мысли, которая выяснится изъ послѣдующаго изложенія.

Очень принято производить право изъ воли общественнаго союза [2]). Но общественный союзъ есть понятіе неопредѣленное. Уже поэтому трудно судить о томъ, можетъ ли этотъ союзъ имѣть волю и имѣетъ ли онъ ее. Сомнительно также и то, чтобы дѣйствіе всѣхъ юридическихъ нормъ сводилось на акты воли: кто хочетъ, напримѣръ, обычнаго права? [3]) Право есть власть, но не всякая власть есть воля; не такова, напримѣръ, власть обычая.

II. Въ каждомъ положеніи права слѣдуетъ различать двѣ стороны: оно высказываетъ что-нибудь юридическое и затѣмъ высказанное «ставитъ» какъ «право» [4]). Первый изъ этихъ моментовъ право раздѣляетъ со всякимъ другимъ положеніемъ, имѣющимъ юридическое содержаніе, второй моментъ свойственъ только праву. Изслѣдовать происхожденіе положеній права — значитъ, поэтому, разрѣшить два вопроса: откуда черпается содержаніе положеній права? или, точнѣе:

---

[2]) Изъ новыхъ писателей см. *Binding*, Handb. § 40: «Всякое объективное право есть объявленная общая воля». *Eisele*, Civ. Arch. LXIX Стр. 289.

[3]) Правда, на это *Binding*, цит. соч., стр. 202, 211 и сл., отвѣчаетъ: «Законодатель». Но этотъ отвѣтъ не состоятеленъ. См. ниже.

[4]) Подобнымъ же образомъ различаютъ *Laband*, Staatsrecht 1 Aufl. § 56, 2 Aufl. § 54—въ законѣ: содержаніе закона и приказъ; *Binding*, Handb. § 40: правовую мысль и правовую волю; *A. Merkel* въ Holtzendorff's Encykl. 5 Aufl. Стр. 6 и сл.

откуда берется матеріалъ для содержанія положеній права и откуда происходитъ ихъ обязательная сила?

А) Ранѣе было изложено, что фактическія особенности жизненныхъ отношеній, ихъ экономическія и нравственныя цѣли, связь отдѣльныхъ жизненныхъ отношеній съ общимъ состояніемъ всего общества опредѣляютъ въ извѣстной степени, — въ одномъ случаѣ больше, въ другомъ — меньше, — необходимыя или цѣлесообразныя правообразованія. Эти условія правообразованія не только представляютъ теоретическій интересъ, но соприкасаются и съ практическими потребностями въ упорядоченной совмѣстной жизни. Понятно поэтому, что на нихъ направлено вниманіе всѣхъ мыслящихъ людей, различающихся въ отдѣльныхъ случаяхъ или по остротѣ взгляда того или друга го наблюдателя, или по особенностямъ общественнаго положенія, которое ставитъ одного ближе къ одному отношенію, другаго — къ другому. Взгляды на правовой порядокъ извѣстныхъ отношеній среди членовъ національнаго, государственнаго, религіознаго, соціальнаго и другихъ союзовъ образуются сначала весьма различные, но постепенно одинъ взглядъ получаетъ преобладаніе надъ другими и становится внутри даннаго союза господствующимъ, такъ что можетъ быть названъ взглядомъ цѣлаго союза. Чѣмъ живѣе убѣжденіе въ томъ, что̀ именно должно быть правомъ, тѣмъ легче это убѣжденіе переходитъ въ сознаніе, что это и есть право: такимъ образомъ возникаетъ правосознаніе цѣлаго союза [5]).

---

[5]) Этотъ ходъ развитія представленъ хорошо у *Post'a*, Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz. Стр. 21. Также *Zitelmann*, Civ. Arch. LXVI Стр. 419 и слѣд., несмотря на всѣ діалектическія тонкости, приходитъ къ признанію «такихъ явленій,

Слѣдовательно, то, въ чемъ историческая школа усматриваетъ основу всего права, существуетъ въ дѣйствительности, но существуетъ не въ томъ объемѣ, который приписывается ему этимъ ученіемъ. Приступая къ упорядоченію тѣхъ или другихъ отношеній, законодатель не часто находитъ твердо сложившееся убѣжденіе того цѣлаго, съ которымъ ему приходится имѣть дѣло. Чаще всего онъ вынужденъ черпать непосредственно изъ того же источника, которымъ питается и убѣжденіе этого цѣлаго, а именно — естественныхъ требованій жизненныхъ отношеній, къ которымъ присоединяется и опытъ, произведенный въ другихъ странахъ.

Но какъ бы полно ни развивалось изъ этого источника содержаніе положеній права, эти послѣднія возникаютъ лишь тогда, когда ихъ содержаніе снабжается обязательной силой. Отсюда вытекаетъ слѣдующій вопросъ:

В) Откуда получается обязательная сила положеній права?

1. Главнѣйшая задача государственной власти состоитъ въ установленіи и поддержаніи правоваго порядка совокупной жизни. Для разрѣшенія этой задачи она имѣетъ полномочіе — издавать общеобязательныя нормы. Въ этомъ состоитъ законодательная функція государственной власти. Извѣстнымъ видомъ самозаконодательства пользуются и меньшіе, внутри государства заключенные общественные союзы, какъ,

---

которыя образуются черезъ множество отдѣльныхъ явленій и все-таки представляютъ собою нѣчто иное, чѣмъ сумму этихъ отдѣльныхъ явленій». Какую силу имѣетъ соображеніе о потребности порядка въ международномъ правѣ, — объ этомъ см. *Holtzendorff* въ Handb. de Völkerrechts I § 24.

напримѣръ, общины. Но такое самозаконодательство или автономія всегда находится въ зависимости отъ общаго государственнаго законодательства и не можетъ дѣйствовать за указанными ему послѣднимъ границами (§ 24).

Особенное положеніе занимаетъ законодательство того церковнаго общенія, которое выходитъ далеко за предѣлы отдѣльныхъ государствъ; это — законодательство католической церкви. Оно не подчинено государственной власти; государство можетъ только для сохраненія порядка, признаннаго имъ необходимымъ въ предѣлахъ своей территоріи, запретить исполненіе установленныхъ этой церковью положеній.

2. Во всѣхъ областяхъ права мы замѣчаемъ, что регулированіе нѣкоторыхъ отношеній не основывается ни на какомъ сознательномъ распоряженіи уполномоченнаго на то органа и, однакоже, почитается, подобно закону, какъ въ судахъ, такъ и внѣ судовъ. Въ Римѣ до законодательства XII таблицъ число законовъ было крайне ничтожно; то же—и въ древне-германскомъ правѣ. Въ обоихъ случаяхъ мы наблюдаемъ слѣдующее: что̀ въ опредѣленномъ кругу лицъ въ теченіе долгаго времени и однообразно соблюдается многими въ ихъ образѣ дѣйствій, то становится въ воззрѣніи членовъ этого круга обязательною нормой, какъ въ области нравовъ, такъ и въ области права. Тутъ дѣйствуютъ вмѣстѣ: живущее въ каждомъ обществѣ чувство необходимости извѣстнаго порядка, подражаніе, и, наконецъ, идея справедливости, повелѣвающая въ одинаковыхъ случаяхъ поступать одинаково. Такъ, безъ преднамѣреннаго установленія, вслѣдствіе

одного продолжительнаго исполненія, нормы получаютъ надъ волей членовъ даннаго правоваго общенія власть, не уступающую тому уваженію, которымъ окруженъ законъ. Отдѣльное лицо можетъ нарушить эти нормы, но лишь съ такимъ же внутреннимъ противодѣйствіемъ, съ какимъ оно нарушаетъ и предписаніе закона [6]). Принимать ли при этомъ правовое общеніе только за субъектъ, который вырабатываетъ обычное право, какъ это принимаемъ мы, — или считать волю этого правоваго общенія за творческій агентъ обычнаго права,—это вопросъ психологіи, не имѣющій юридическаго значенія.

Образованіе обычнаго права сводятъ иногда къ одобренію его законодателемъ [7]). Этотъ взглядъ вызываетъ значительныя сомнѣнія. Прежде всего, онъ ведетъ къ признанію молчаливаго законодательства, такъ какъ многочисленныя обычныя права существуютъ безъ подтверждающихъ ихъ словъ законодателя. Однако, молчаливаго законодательства никогда не было, и всего менѣе оно существуетъ теперь. Далѣе, всякое одобреніе основано на актѣ воли. Воля предполагаетъ сознаніе о томъ, на что она направлена. Но болѣе чѣмъ невѣроятно или, по крайней мѣрѣ, не можетъ быть доказано то, чтобы законодатель имѣлъ свѣдѣнія о всякомъ, — даже совершенно партикулярномъ — обычномъ правѣ. Такимъ образомъ,

---

[6]) *Rümelin*, цит. соч. стр. 247, также называетъ упражненіе обычая (Uebung) соціальной силой. Ср. также *Zitelman*, цит. соч., стр. 459.

[7]) Въ прошломъ столѣтіи это ученіе господствовало. Историческая школа отвергла его. Въ позднѣйшее время оно снова появилось: *Binding*, Handb. d. Strafr. I стр. 202, 211 и сл.; *Rümelin*, цит. соч. стр. 186 и сл.; послѣдній оперируетъ съ необъемлемой волею государства.

подразумѣваемое одобреніе при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается фикціей [8]).

3. Нѣтъ ничего на первый разъ болѣе страннаго, какъ то, что юриспруденцію причисляютъ къ источникамъ права, что рядомъ съ правомъ закона и обычая ставятъ право науки, право юристовъ [9]). Юристъ-теоретикъ и юристъ-практикъ работаютъ, повидимому, только надъ даннымъ матеріаломъ, первый надъ изложеніемъ, второй надъ примѣненіемъ закона и обычая; оба суть слуги, а не творцы права.

Между тѣмъ болѣе тщательное наблюденіе открываетъ передъ нами иную картину. Возьмемъ примѣръ. По имперскому закону о ростовщичествѣ 24 мая 1880 г., въ ростовщичествѣ виновенъ тотъ, кто, пользуясь нуждой, легкомысліемъ или неопытностью другаго, выговариваетъ себѣ или третьему лицу за заемъ или отсрочку его обѣщаніе такихъ имущественныхъ выгодъ, которыя превосходятъ обычный размѣръ процентовъ настолько, что, по обстоятельствамъ случая, имущественныя выгоды оказываются въ рѣзкомъ несоотвѣтствіи съ оказанной услугой. Но что значитъ нужда? Только ли это опасность умереть съ голоду? Или также опасность потерять честь, напримѣръ, черезъ утрату свидѣтельствующаго ее документа? Есть ли это пользованіе нуждой, если кто-нибудь выговариваетъ себѣ такіе проценты, какіе онъ получаетъ обыкновенно въ дѣлахъ своего промысла? Достаточно ли одного вовлеченія въ сдѣлку

---

[8]) *Bierling*, Kritik I стр. 25 и сл.; *Zitelmann*, цит. соч. стр. 361 и сл. Ихъ не опровергаетъ *Rümelin*, 206, 212 и сл., 240 и слѣд.

[9]) Для дальнѣйшаго изложенія ср. *Bülow*, Gesetz und Richteramt (1885); *Franken*, Vom Iuristenrecht (1889); *Kohler*, Jher. Jahrb. XXV Abh. 4 (1889); *Muromtzeff*, Was heist Rechtsdogmatik? Переводъ съ русскаго *Esmarch'a* (1885) стр. 7, 27 и сл.

при указанныхъ въ законѣ условіяхъ, или оно должно быть достигнуто при посредствѣ обмана или угрозъ? [10]) На этотъ и многіе другіе вопросы законъ не даетъ никакого отвѣта; его даютъ судья (въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ) и научная разработка права, устанавливающіе нормы для непредусмотрѣнныхъ законодателемъ случаевъ. Если обратить далѣе взоръ на вновь возникающія формы жизни, не затронутыя законодательствомъ и не успѣвшія еще вызвать образованія обычнаго права (телефоны, переводъ денегъ почтой, перестрахованіе и т. д.), или на тѣ области права, гдѣ законодательство можетъ выступать лишь несовершеннымъ образомъ, напримѣръ, частное международное право,— то нельзя удивляться тому, что очень значительная доля нашего запаса юридическихъ нормъ обязана своимъ существованіемъ развитію путемъ юриспруденціи [11]).

При наличности такихъ явленій нельзя не признать несостоятельными обычныхъ возраженій противъ творческой дѣятельности юриспруденціи. Говорятъ, напримѣръ, что юриспруденція только раскрываетъ существующія правила, а не создаетъ новыхъ, или что она не можетъ устанавливать положеній права по сво-

---

[10]) RGE. XXXV Nr. 36 стр. 179, *Seuff.* XLVI 86. Другой примѣръ: Что означаетъ механическое умноженіе (Vervielfältigung) по смыслу имперскаго закона объ авторскомъ правѣ. 11 іюня 1870 года? RGE. XXVII Nr. 15 стр. 63.

[11]) *Stinzing*, Macht und Recht Стр. 21: «Общимъ правомъ въ Германіи въ теченіе трехъ вѣковъ служило то, что признавалось таковымъ юриспруденціей. Онъ указываетъ также на состояніе уголовнаго права въ концѣ прошлаго столѣтія, сравнительно съ уголовнымъ судопроизводствомъ Карла V; первое представляетъ собою дальнѣйшее развитіе послѣдняго исключительно путемъ науки и практики.

бодному соображенію объ ихъ полезности и цѣлесообразности; но при этомъ совершенно упускается изъ виду, что и законодатель долженъ считаться съ данными фактами, и что во многихъ случаяхъ юристу и законодателю приходится черпать изъ одного и того же источника, который называется природою вещей.

Неправильно также говорить, что юриспруденція даетъ одни только правовыя воззрѣнія, а не положенія права. Произнося рѣшеніе, судья руководствуется не правовыми воззрѣніями, а положеніями права, догматикъ, съ своей стороны, не имѣетъ въ виду ничего инаго, какъ развить, содержаніе объективнаго права, слѣдовательно тѣ же положенія права.

Но есть, конечно, различіе между продуктами обычнаго права и законодательства, съ одной стороны, и юриспруденціи — съ другой. Законъ и обычное право обязательны сами по себѣ, въ силу самаго источника своего происхожденія. Напротивъ, то, что̀ установлено въ качествѣ положенія права выдающимися теоретиками, заимствуетъ свою обязательную силу единственно изъ своей научной истинности и подлежитъ, поэтому, свободной критической оцѣнкѣ. То же самое можно сказать и о положеніи права, выраженномъ въ судебномъ рѣшеніи, по отношенію ко всѣмъ другимъ случаямъ его примѣненія. Поэтому, юриспруденція есть источникъ права, но она производитъ положенія права меньшей силы.

4. Въ области государственнаго и международнаго права мы встрѣчаемся еще съ однимъ источникомъ права, — *договоромъ*. На нашихъ глазахъ международное право развивается постоянно путемъ соглашеній, въ которыя вступаютъ государства, принадле-

жащія къ европейско-американской семьѣ или, по крайней мѣрѣ, къ такъ называемымъ великимъ державамъ. (Парижскій договоръ 1856 г., женевская конвенція, конференція о Конго и др.). Здѣсь говорятъ о постановленіяхъ (Beschlüsse), которыя суть, въ дѣйствительности, договоры, обусловленные согласіемъ всѣхъ участвующихъ государствъ. Договоръ, признаваемый въ другихъ случаяхъ только источникомъ правоотношеній, является тутъ источникомъ юридическихъ нормъ.

Съ подобнымъ же примѣненіемъ договора мы встрѣчаемся и въ области государственнаго права. Путемъ договора созданы союзы государствъ и союзныя государства (Германскій союзъ 1815 г., Германская имперія 1870 г.). Сходный случай представляетъ также гражданское право въ формѣ договора, которымъ устанавливается организація свободно возникающей корпораціи (организаціонный договоръ).

Однако, для полученія обязательной силы, договоръ нуждается въ посторонней поддержкѣ. Договоръ гражданскаго права находитъ ее въ положеніи гражданскаго права: pacta sunt servanda; договоръ публичнаго права — въ признаніи обязательной силы его со стороны государствъ, стоящихъ въ мирномъ общеніи. И это признаніе основывается не на мимолетномъ настроеніи или разсчетѣ, а на сознаніи необходимости прочнаго порядка международнаго оборота и болѣе тѣснаго сплоченія государствъ [12]).

---

[12]) Правильно думаетъ *Holtzendorff*, Handbuch des Völkerrechts I § 24, принимающій, однако, признаніе за самостоятельный источникъ

III. Изложеніе ученія объ источникахъ права можетъ быть сведено къ слѣдующимъ положеніямъ:

1. Обязательная сила положеній права имѣетъ различныя *основанія:* законодательство, образованіе обычнаго права, юриспруденція и (въ болѣе ограниченномъ объемѣ) договоръ. Единаго первоисточника (народный духъ, государственная власть, природа вещей, признаніе) не существуетъ.

2. Обязательная сила положеній права различна *по степени.* Существуютъ положенія права, имѣющія полную (внѣшнюю) силу дѣйствія (законъ, обычное право), и положенія права, имѣющія меньшую (только внутреннюю) силу дѣйствія (право юристовъ).

3. Въ области права нѣтъ нигдѣ рѣзкихъ границъ. Норма обычнаго права стремится къ тому, чтобы закрѣпиться въ законѣ, законъ — къ тому, чтобы перейти въ право, испытанное обычаемъ (Leist). Научныя положенія права доставляютъ законодателю главный матеріалъ, и не малое число ихъ кристаллизуется и въ формахъ обычнаго права. Обычное право можетъ лишь въ рѣдкихъ случаяхъ возникать безъ содѣйствія примѣняющей и излагаю-

---

права рядомъ съ договоромъ. Противъ признанія и за договоры государствъ какъ источникъ международнаго права: *Brie,* Theorie der Staatenverbindungen (1886) стр. XXXIX и слѣд. Ср. также *Lammasch,* Krit. V Ischr. XXX Стр. 423. О роли религіозныхъ представленій *Zeist,* Gräco-ital. Rechstgesch. Стр. 646 и слѣд. Одинъ изъ новыхъ писателей, *Bierling,* цит. соч., сводитъ дѣйствіе всѣхъ положеній права къ признанію ихъ лицами, принадлежащими къ управляемымъ кругамъ. Чтобы спасти это представленіе въ примѣненіи къ закону, онъ вынужденъ удовольствоваться безсознательнымъ и недобровольнымъ признаніемъ,—что доказываетъ явное преувеличеніе вѣрной мысли.

щей право юриспруденціи, которая оказываетъ могучее, укрѣпляющее, развивающее и преобразующее вліяніе и на законодательство.

§ 10.

2. Законъ *).

Въ законѣ правообразованіе находитъ свое очевиднѣйшее выраженіе, а такъ какъ оно есть и преобладающее, — если не считать права юристовъ, которое далеко не всѣми надѣляется способностью производить юридическія нормы, — то легко понять распространенное словоупотребленіе, называющее закономъ всякое положеніе права независимо отъ его происхожденія[1]). На точномъ юридическомъ языкѣ закономъ будетъ считаться лишь та юридическая норма, которая покоится на сознательномъ распоряженіи, на установленіи (Satzung), и еще тѣснѣе, на установленіе только государственной властью, въ

---

*) *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs 1 Aufl. II § 56—61, 2 Aufl. I § 54—59 и въ Handbuch des öffentl. Rechts II стр. 70 и слѣд. (тамъ же и богатыя указанія литературы). *Hänel*, Gesetz im formellen und materiellen Sinne in den Studien zum deutschen Staatsrecht II стр. 140 и слѣд. (1888); *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 126 и слѣд.

[1]) Это словоупотребленіе не чуждо даже законодательному языку. Einführ. Ges. zum HandelsGB. v. 7 Iuni 1869 § 373, 1. Einführ. Ges. z. CPO. § 12: «Законъ въ смыслѣ CPO. и настоящаго закона есть всякая юридическая норма». Einf.—Ges. zur StrafPO. § 7 и zur KKO. § 2. Несомнѣнно также, что опредѣленіе BeichsVU. Art. 2: «Имперскіе законы имѣютъ преимущество передъ мѣстными законами отдѣльныхъ государствъ» обнимаютъ все мѣстное право этихъ государствъ.

противоположность продуктамъ автономіи, вытекающимъ также изъ актовъ воли (§ 16).

I. Условія дѣйствительности закона въ отношеніи его возникновенія опредѣляются государственнымъ устройствомъ каждой страны. Теперь они иныя, чѣмъ были въ римской имперіи, различаются они также и въ современныхъ государствахъ. Общія основныя черты здѣсь таковы.

1. Повелѣніе должно исходить отъ органа, который по данному государственному устройству уполномоченъ на установленіе общеобязательныхъ нормъ.

Законодательная власть есть составная часть государственной власти; поэтому она принадлежитъ прежде всего носителю государственной власти, главѣ государства, хотя въ ограниченномъ объемѣ можетъ быть предоставлена и другимъ органамъ.

Въ германской имперіи, какъ и въ отдѣльныхъ германскихъ монархическихъ государствахъ — за исключеніемъ обоихъ Мекленбурговъ, — глава государства при изданіи закона связанъ участіемъ народнаго представительства (конституціонная монархія), что̀ имѣетъ мѣсто по отношенію или ко всѣмъ законамъ, или къ законамъ съ извѣстнымъ содержаніемъ [2]).

2. Образованіе законодательной воли должно совершиться предписаннымъ въ государственномъ

---

[2]) ReichsVU. Art. 5: Имперское законодательство отправляется союзнымъ совѣтомъ и рейхстагомъ. Preuss.VU. Art 62: «Законодательная власть отправляется сообща королемъ и двумя палатами. Соглашеніе между королемъ и обѣими палатами требуется для всякаго закона». Bayr.VU. Tit. VII § 2. О прочихъ нѣмецкихъ конституціонныхъ актахъ даетъ данныя *G. A. Zachariae* Deutsches Staatsrecht, 3 Aufl. § 116 пр. 6.

устройствѣ порядкомъ. При изданіи законовъ, обусловленныхъ въ своемъ дѣйствіи согласіемъ народнаго представительства,

a) должно послѣдовать согласное съ государственнымъ устройствомъ обсужденіе и одобреніе законопроекта со стороны народнаго представительства[3]);

b) приведенный къ такому виду законъ долженъ быть надѣленъ со стороны главы государства силой закона, или санкціей[4]). Въ германской имперіи санкція дается союзнымъ совѣтомъ, въ монархическихъ государствахъ, принадлежащихъ къ союзу, — главой каждаго изъ этихъ государствъ.

3. Одобренный народнымъ представительствомъ и получившій санкцію законъ пріобрѣтаетъ обязательную силу лишь черезъ его *объявленіе или публикацію*[5]). Раньше этого законъ не можетъ быть нарушенъ даже тѣмъ, кто освѣдомленъ впередъ объ его содержаніи и санкціи. Полномочіе на объявленіе закона принадлежитъ въ отдѣльныхъ монархиче-

---

[3]) Для измѣненій въ государственномъ строѣ принимаются, по большей части, нѣкоторыя затрудняющія ихъ мѣры. Напр. прусскій конституціонный законъ Art. 107: два голосованія въ періодъ времени, по крайней мѣрѣ, двадцати и одного дня. Bayr. VU. Tit. X § 7. Имперскій конституціонный законъ (Reichsverfassungsurkunde) переноситъ затрудненіе въ рѣшеніи на голосованіе въ союзномъ совѣтѣ. Art. 78. Ср. также Art. 5.

[4]) Одна теорія государственнаго права дѣлаетъ различіе между установленіемъ содержанія закона и надѣленіемъ его обязательной силой, ограничивая участіе народнаго представительства однимъ установленіемъ содержанія закона. Такъ *Laband*, Staatsrecht § 54 (56); противъ него *Gierke* въ Schmollers Iahrb. VII, стр. 1174 и слѣд.

[5]) Нѣкоторые называютъ этотъ актъ промульгаціей. Но это выраженіе употребляется другими для акта подписи закона главою исполнительной власти. *Laband*, цит. соч. п. 4 § 55 (57) п. III.

скихъ государствахъ Германіи — монарху, въ имперіи — императору. Средствомъ для этого въ настоящее время служитъ печать. Съ этой цѣлью издаются особые органы печати, въ «Германской Имперіи — «Вѣстникъ имперскихъ законовъ» (Das Reichsgesezt-blatt), въ отдѣльныхъ государствахъ — подъ различными другими названіями.

4. Публикаціей завершается изданіе закона. Однако, нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы объявленный законъ тотчасъ же вступалъ въ дѣйствіе [6]). Нерѣдко для вступленія закона въ силу назначается болѣе поздній моментъ времени, съ той обыкновенно цѣлью чтобы дать возможность публикѣ ознакомиться съ содержаніемъ закона до вступленія его въ дѣйствіе. Въ промежуточное время (vacatio legis) законъ всетаки существуетъ по праву (формальная сила закона) и можетъ, поэтому, подвергнуться измѣненію не иначе, какъ и всякій дѣйствующій законъ.

II. Во всѣхъ государствахъ, гдѣ есть народное представительство, главѣ государства и даже нѣкоторымъ должностнымъ лицамъ предоставляется въ ограниченномъ объемѣ право издавать общеобязательныя нормы безъ соучастія народнаго представительства. Названіемъ для такого правообразованія служитъ *распоряженіе* (Verordung), названіе, которое употребляется, впрочемъ, и для общихъ административныхъ предписаній, исходящихъ отъ исполнительной власти. Распоряженія, содержащія въ себѣ

---

[6]) Reichs VU. Art. 2 предписываетъ по отношенію къ имперскимъ законамъ, что, въ случаѣ отсутствія въ самомъ законѣ инаго опредѣленія, обязательная сила его начинается черезъ 14 дней по выходѣ въ свѣтъ соотвѣтствующаго нумера журнала, посвященнаго изданію законовъ (Вѣстникъ законовъ).

юридическія нормы, — но не административныя распоряженія, — суть законы въ широкомъ смыслѣ и составляютъ противоположеніе тѣмъ законамъ, которые возникаютъ съ согласія сословныхъ представителей, т. е. — законамъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова [7]).

Объемъ права на изданіе распоряженій, содержащихъ юридическія нормы, опредѣляется государственнымъ устройствомъ страны. По общему правилу, этотъ объемъ ограничивается болѣе точными указаніями относительно исполненія закона въ тѣсномъ смыслѣ (распоряженія объ исполненіи закона — Ausführungs-oder Vollzugsver rdnungen). За этими предѣлами въ нѣкоторыхъ государствахъ признается еще право распоряженій на случаи необходимости (Nothverordnungsrecht. — Прусскій конституціоный законъ. 63). Конституція германской имперіи не устанавливаетъ и не исключаетъ права изданія распоряженій, заключающихъ въ себѣ юридическія нормы. Это право можетъ быть предоставлено на данный случай имперскимъ закономъ союзному совѣту, императору, должностнымъ лицамъ имперіи, напримѣръ имперскому канцлеру, правительствамъ отдѣльныхъ государствъ [8]).

III. Законъ, вступившій въ силу, не утрачиваетъ ее съ отмѣной той законодательной власти, которой онъ обязанъ своимъ возникновеніемъ. Еще теперь дѣйствуютъ законы старой Германской Имперіи, а

---

[7]) Существуютъ ли законы, которыми не устанавливается никакого положенія права, или такъ называемые законы въ формальномъ смыслѣ? *Laband* цит. соч § 56 (58), отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно. *Hänel*, Studien II, 2—отрицательно.

[8]) *Laband* § 58 (59) II и III. RGE. XXIV № 1, стр. 3.

въ королевствѣ Пруссіи — ганноверскіе, кургессенскіе, нассаусскіе законы.

IV. Установленіе вновь путемъ закона всей совокупности права или какого-либо большаго отдѣла его (гражданское, уголовное, процессуальное право и такъ далѣе) называется *кодификаціей*. Законное регулированіе одного правоваго института или отдѣльнаго вопроса права называется частичнымъ (fragmentarische) законодательствомъ.

Отъ кодификаціи надо отличать инкорпорацію. Въ послѣднемъ случаѣ законодатель дѣлаетъ выборку изъ юридическаго матеріала, накопившагося въ теченіе долгаго времени, съ цѣлью предоставить впредь силу закона только выбранному такимъ образомъ матеріалу. Кодификаціей было законодательство XII таблицъ, инкорпораціей — составленіе дигестъ и кодекса.

3. Обычное право*)

§ 11.

а. *Обычай и обычное право.*

Изстари люди подчинялись въ области какъ нравовъ, такъ и права требованіямъ, которыя ставились унаслѣдованными привычками и обыкновеніями

*) *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht I (1828), II (1837); *Savigny* I § 12, 18, 25 и 27; *Beseler*, Volksrecht und Iuristenrecht (1843). Противъ послѣдняго направлена рецензія *Пухты* въ Richter und Schneider Iahrb. für wissensch. Kritik 1844 Nr. 1—4. Отвѣтъ *Beseler*'а, Nachtrag zu Volksrecht und Iuristenrecht (1844), опять противъ послѣдняго.— *Thöl*, Volksrecht, Iuristenrecht, Genossenschaften, Stände, Gemeines Recht (1846).

(«Wohnheit und Sede»). Послѣ раздѣленія областей нравовъ и права въ жизни каждаго народа стала чувствоваться потребность въ точномъ установленіи признаковъ обычнаго права, условій его возникновенія и въ разграниченіи обычнаго права съ родственными ему явленіями. Чтобы выполнить эту задачу требуется предварительно рѣшить вопросъ о значеніи, какое имѣетъ обычай для образованія обычнаго права. Мы встрѣчаемся здѣсь съ двумя противорѣчащими одинъ другому взглядами.

По одному изъ нихъ, составляющему старую теорію, право производится обычаемъ. Отдѣльное дѣйствіе вызываетъ повтореніе, а продолжительное повтореніе образуетъ право. Обычное право, согласно этому взгляду, есть ничто иное, какъ постоянное приспособленіе (Gewöhnung), встрѣчаемое и въ животномъ мірѣ [1]). Но эта теорія оставляетъ безъ отвѣта вопросъ, почему не возводится на степень права то, что находитъ въ жизни однообразное примѣненіе въ силу любезности, привязанности, почтительности и такъ далѣе. Почему, напримѣръ, врачъ не пріобрѣтаетъ права на вознагражденіе сверхъ таксы, несмотря на продолжительное пользованіе такимъ именно вознагражденіемъ, или почему дѣти, супруги и друзья не получаютъ права на праздничные подарки, несмотря на постоянное пользованіе ими?

Въ противоположность этой теоріи, историческая школа учитъ, что обычай есть не элементъ возникновенія, а только средство распознаванія обычнаго права. Въ мастерской народнаго духа право достигаетъ полной зрѣлости и выступаетъ

---

[1]) Consuetudo revertendi. Gai II 68.

наружу, какъ готовый продуктъ при первомъ же примѣненіи. Этимъ, очевидно, принижается роль обычая, которая старой теоріей, напротивъ, преувеличивалась. Всякая мысль только путемъ выраженія въ словѣ или дѣйствіи получаетъ свой законченный внѣшній образъ. То же самое, и еще въ бо́льшей степени, относится къ убѣжденію, раздѣляемому большимъ кругомъ лицъ. Съ примѣненіемъ нормы въ юридической сдѣлкѣ или судебномъ приговорѣ устанавливается само обычное право; повторяющееся въ жизни дѣйствіе переноситъ заложенную въ него юридическую мысль въ общее сознаніе; примѣненіе работаетъ вмѣстѣ и надъ образованіемъ содержанія. Норма при своемъ возникновеніи не имѣетъ характера права и запечатлѣна произволомъ; постоянное упражненіе служитъ для нея внутреннимъ оправданіемъ и завоевываетъ ей общественное сознаніе; это послѣднее, въ свою очередь, утверждаетъ существованіе и силу нормы постояннымъ и упорнымъ ея примѣненіемъ. Поэтому римляне требовали longa, diuturna, inveterata, tenaciter servata, antiquitus probata consuetudo и называли обычное право ius, quod usus comprobavit [2]). До обычая (упражненія) нѣтъ обычнаго права [3]).

Итакъ, при образованіи обычнаго права дѣйствуютъ совмѣстно его внутренній и внѣшній мо-

---

[2]) § 9 I. de jure natur. 1, 2. L. 32—36 de legib. 1, 3 C. 3 quae sit longa consuet. 8, 52 (53).

[3]) Совершенно обратно этому выражается *Thöl*: «Не можетъ быть невысказываемаго языка и несоблюдаемыхъ нравовъ, но можетъ быть неупражняемое право» (имѣется въ виду обычное). Невѣрно и съ сомнительными заключеніями *Seuff*. III 293. Правильно RGE. XX Nr. 68 стр. 305.

мѐнты: убѣжденіе въ юридической природѣ нормы и осуществленіе этого убѣжденія въ рядѣ постоянно повторяемыхъ дѣйствій.

§ 12.

b. *Условія возникновенія.*

Положеніе обычнаго права возникаетъ, когда въ извѣстныхъ жизненныхъ отношеніяхъ въ теченіе продолжительнаго времени и однообразно примѣняется какая-либо норма съ такимъ убѣжденіемъ въ ея юридической силѣ, что это убѣжденіе становится господствующимъ. Какого же рода должны быть это упражненіе и убѣжденіе?

I. Упражненіе есть однообразное, продолжающееся долгое время осуществленіе какой-либо нормы.

1. Ни число случаевъ примѣненія, ни періодъ времени, къ которому они относятся, не допускаютъ опредѣленія въ цифрахъ. Сужденіе объ этомъ черпается всегда изъ общаго впечатлѣнія, которое получается при оцѣнкѣ различныхъ обстоятельствъ: территоріальной распространенности примѣненія, болѣе или менѣе частой повторяемости отношенія, подлежащаго регулированію, общаго положенія народа, вслѣдствіе котораго народъ дѣлается иногда воспріимчивѣе къ принятію соотвѣтствующаго правоваго убѣжденія[1]), и такъ далѣе.

---

[1]) Подъ вліяніемъ національнаго движенія 1848 г. обще-германскій вексельный уставъ, изданный нѣмецкимъ національнымъ собраніемъ во Франкфуртѣ на Майнѣ и опубликованный тогдашней центральной властью, получилъ въ короткое время въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ государствахъ силу обычнаго права. *Goldschmidt*, Handb. des Handelsr. § 12, пр. 34. Ст. также *Seuff*. XIX 211 RGE. II Nr. 49 стр. 182.

Нѣкоторое затрудненіе представляло издавна одно изреченіе каноническаго права: consuetudo не отмѣняетъ существующаго права, nisi legitime sit praescripta (cap. ult. X. de consuet.1, 4). Безпристрастное толкованіе не можетъ отрицать, что эти слова указываютъ на время, установленное для давности правъ и, притомъ, для 40-лѣтней давности, примѣняемой къ правамъ церкви. Но это только отрицательное ограниченіе времени распространенія: продолжаясь менѣе 40 лѣтъ, оно не принимается въ разсчетъ по отношенію къ правамъ церкви. Ничто не оправдываетъ распространенія приведеннаго выше изреченія за этотъ предѣлъ. Поэтому и оно не противорѣчитъ тому, что было ранѣе изложено [2]).

2. Примѣненіе должно быть однообразно. Но однообразіе не означаетъ отрицанія всякихъ исключеній. Достаточно, чтобы чаша вѣсовъ со случаями примѣненія опускалась значительно ниже чаши вѣсовъ съ исключеніями [3]).

3. Взглядъ на то, какъ регулированъ юридически тотъ или другой классъ жизненныхъ отношеній, составляется обыкновенно лишь въ тѣхъ кругахъ лицъ, которыя сами стоятъ въ этихъ именно отношеніяхъ или имѣютъ съ ними дѣло въ силу своей профессіи; это въ торговыхъ отношеніяхъ — купцы, въ земледѣльческихъ — сельскіе хо-

---

[2]) Взгляды здѣсь расходятся. Въ результатѣ большинство соглашается съ тѣмъ, что высказано въ текстѣ. *Savigny* I стр. 154 и слѣд. *Windscheid* § 16 № 1, *Seuff.* III 255, 256, II XIX 211. Нѣкоторые признаютъ давностный срокъ положительнымъ условіемъ образованія обычнаго права, но ограничиваютъ это признаніе правоотношеніями церкви. *Puchta*, Gewohnh. II стр. 95 и слѣд., *Wächter* I стр. 105, *Seuff.* III 292.

[3]) *Seuff.* VII 279 RGE. Nr. 35 стр. 195.

зяева, въ строительныхъ — собственники строеній и спеціалисты по ихъ возведенію, и такъ далѣе. Для возникновенія обычнаго права достаточно, чтобы убѣжденіе въ существованіи нормы господствовало именно въ кругахъ лицъ соприкосновенныхъ съ ея дѣйствіемъ. Въ числѣ такихъ лицъ стоятъ и тѣ, кто сдѣлали своей профессіей примѣненіе или изложеніе права, т. е. юристы. Понятно, поэтому, что именно въ сословіи юристовъ образуются такія господствующія убѣжденія, независимо даже отъ тѣхъ вопросовъ, которые недоступны для внѣсудебнаго регулированія, каковы, напримѣръ, основанія для расторженія брака. Но этимъ не оправдывается раздѣленіе обычнаго права на народное обычное право и обычное право юристовъ. Юристъ стоитъ не внѣ своего народа, — онъ испытываетъ на себѣ, наравнѣ съ другими, дѣйствіе тѣхъ же духовныхъ движеній, которыя господствуютъ вообще надъ всѣми классами его народа, и духовная работа, производимая сословіемъ юристовъ, есть составная часть всей духовной жизни народа [4]). Различіе это изобрѣтено только для того, чтобы представить римское право какъ ярмо, возложенное юристами на плечи нѣмецкаго народа, который относится къ нему совершенно пассивно.

II. Упражненіе служитъ часто выраженіемъ не одного права, но и нравовъ. Право создается упражненіемъ лишь тогда, когда дѣйствующее лицо сознаетъ что оно примѣняетъ существую-

---

[4]) Съ этимъ согласно сужденіе опытнаго практика *Coith* Civ. Arch. LXXVI, стр. 206. Далеко заходитъ *Franken*, Vom Juristenrecht Стр. 8 и слѣд., утверждая, что всякое обычное право есть право юристовъ.

щее право, а не то только, что оно поступаетъ цѣлесообразно или что такъ поступать правильнѣе. Новые юристы называютъ это opinio necessitatis, — выраженіе, подходящее собственно лишь для принудительныхъ положеній права.

Примѣненіе этого требованія къ обычному праву, развиваемому практикой судовъ, не подлежитъ никакому сомнѣнію. Тѣмъ внимательнѣе слѣдуетъ относиться ко внѣсудебнымъ обычаямъ, строго выдѣляя изъ нихъ тѣ случаи, гдѣ опредѣляющими мотивами поведенія являются любезность, почтительность и тому подобные не юридическіе мотивы [5]).

III. Кто не допускаетъ возникновенія обычнаго права ранѣе примѣненія обычая, кто считаетъ, далѣе, что праворождающая сила примѣненія обусловлена увѣренностью въ томъ, что примѣняемое есть право,— тотъ не можетъ видѣть никакого препятствія къ образованію обычнаго права въ томъ обстоятельствѣ, что дѣйствующее лицо заблуждалось относительно права, которому оно слѣдовало въ своихъ дѣйствіяхъ.

Однако, господствующее мнѣніе предъявляетъ къ обычному праву дальнѣйшее требованіе такого рода, чтобы въ основѣ убѣжденія лицъ, примѣняющихъ обычай, не лежало заблужденія [6]). Изъ основаній, приводимыхъ въ пользу этого взгляда, имѣетъ значеніе только слѣдующее. Говорятъ, что не ставить такого требованія значило бы признать обязательную силу за всякимъ ошибочнымъ толко-

---

[5]) *Seuff.* I 308 XXIX 106, XXXIV, съ вызывающимъ вниманіе прибавленіемъ.

[6]) Вмѣсто многихъ, можно указать на *Windscheid* § 16, пр. 3, который, однако, дѣлаетъ ограниченія. Противъ высказываются

ваніемъ закона, разъ оно примѣняется однообразно въ теченіе долгаго времени [7]). На это слѣдуетъ, однакоже, замѣтить, что упроченіе ошибочнаго толкованія закона можетъ имѣть различныя основанія: или толкователь подчиняется мнимому повелѣнію законодателя, хотя и сознаетъ всю неудовлетворительность вытекающихъ отсюда послѣдствій, — примѣръ этого даетъ намъ прежнее толкованіе C. 8 de novat. 8,41 (42) [8]); или же толкованіе согласуется съ существующимъ правосозерцаніемъ, которое затемняетъ глаза толкователю и склоняетъ его вычитывать изъ закона то, чѣмъ наполнено его собственное правосознаніе, — примѣромъ служитъ положеніе: dies interpellat pro homine. Въ первомъ случаѣ ложное толкованіе закона не имѣетъ обязательной силы, во второмъ — въ немъ выступаетъ настоящее обычное право [9]). Провести это различіе иногда, можетъ быть, трудно, но это не говоритъ ничего противъ его правильности.

Zitelmann, цит. соч., стр. 323 и сл.; *Rümelin*, цит. соч., стр. 220 и сл.; *Dernburg* I § 27, пр. 4. Относительно практики имперскаго суда, согласной съ господствующимъ мнѣніемъ, ср. Kritik von *Zitelmann*, стр. 324 и сл.; имперскій судъ продолжаетъ держаться твердо этого же мнѣнія. RGE. XII Nr. 71, стр. 292, XXVI Nv. 62, стр. 223.

[7]) Совершенно незаслуженную роль въ этомъ спорномъ вопросѣ играетъ L 39 de legib. 13, такъ какъ рѣшеніе его идетъ только противъ аналогическаго примѣненія такого положенія права, которое non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetuine obtentum est. Ср. L 14—16 eod. Обстоятельно *Zitelmann*, стр. 344 и слѣд., *Wendt*, Iher. Iahrb. XXII, стр. 324, отдѣлывается отъ этого мѣста утвержденіемъ, что оно содержитъ лишь теоретическое положеніе, а не положеніе права.

[8]) Оно защищалось еще *Wangerow* § 619 и *Thöl*, Handelsr. § 120 пр. 15.

[9]) Правильно у *Seuffert* XV, 217 (Stuttg). Ср. далѣе *Seuff.* XXXV, 299 и доводы.

IV. То, что безнравственно и противно основамъ гражданскаго порядка, не можетъ стать правомъ даже черезъ продолжительное упражненіе. Въ этомъ заключается вѣрная сторона выставляемаго иногда требованія чтобы обычай былъ раціоналенъ [10]). Нерѣдко бываетъ, что въ предѣлахъ даннаго сословія или профессіи слагается по какому-нибудь вопросу воззрѣніе, дѣлающее членовъ этого сословія или профессіи равнодушными къ нѣкоторымъ несомнѣннымъ нарушеніямъ закона. Продолжительная практика не можетъ придать подобнымъ нарушеніямъ силу права [11]). Равнымъ образомъ, нельзя было бы признать за обычное право ограниченія въ выборѣ занятій или въ основаніи самостоятельнаго хозяйства, если бы таковыя налагались глѣ-либо на отдѣльныхъ лицъ [12]).

§ 13.

c. *Доказательство положеній обычнаго права* *).

Обычное право является на свѣтъ безъ внѣшняго знака, удостовѣряющаго его дѣйствительность. Поэтому, здѣсь гораздо чаще, чѣмъ въ случаяхъ примѣненія закона, возможно сомнѣніе о существованіи того или другаго положенія права.

---

[10]) Arg. C. 2 quae sit longa consuetudo 8, 52 (53) cap. ult. X de consuet. I, 4.

[11]) Тутъ дѣйствуетъ положеніе Nov. 134, c. 1: Quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus. «Ein Brauch, dess Bruch mehr ehrt als die Befolgung» (Hamlet).

[12]) *Seuff.* I, 307; X, 2; XLIV, 268; XLVI, 116 въ концѣ; *Puchta* цит. соч. II, стр. 49 и слѣд.; *Holtzendorff* въ Handbuch d. Völkerr. I, стр. 94; *Rümelin* ц. соч., стр. 224.

*) *Thöl* Handelsr. I § 12, 15.

I. Нужно прежде всего помнить, что и къ обычному праву примѣняется начало: iura novit curia (§ 25 II B). Раньше утверждали, что обычное право подчиняется правиламъ, примѣняемымъ къ доказательству фактовъ, такъ какъ оно само есть фактъ. Но это—заблужденіе, такъ какъ въ томъ же самомъ смыслѣ и созданіе закона будетъ фактомъ. Такому взгляду противорѣчитъ теперь и § 265 общегерманскаго гражданскаго процессуальнаго кодекса [1]). Но стороны могутъ выступать помощниками судьи при установленіи положеній обычнаго права.

II. Доказательство можетъ быть приводимо посредственно и непосредственно. Посредственно—путемъ указанія отдѣльныхъ случаевъ примѣненія, непосредственно—путемъ утвержденія о существованіи обычнаго права. Для посредственнаго доказательства достаточно обыкновенныхъ условій доказательной силы различныхъ средствъ доказательства (способность къ наблюденію и достовѣрность свидѣтеля, подлинность акта и т. д.). Непосредственное доказательство заключается въ сужденіи свидѣтеля или автора документа о правѣ [2]); цѣнность этого сужденія зависитъ отъ того, насколько произносящее его лицо по степени своего образованія, общественному положенію, опытности, заслуживаетъ довѣрія, утверждая существованіе обычая съ обязательной силой [3]).

---

[1]) *Seuff.* XLVII, 1. (Rg) и доводы.

[2]) Древнегерманскія Weisthümer были данными по предложенію власти показаніями достовѣрныхъ и свѣдущихъ въ правѣ лицъ о дѣйствующемъ правѣ.

[3]) Поэтому здѣсь исключается приведеніе къ присягѣ, какъ средство доказательства. CPO., § 410. Ср. также *Seuff.* XIX, 105 и мотивы.

Среди документовъ первое мѣсто принадлежитъ судебнымъ рѣшеніямъ, въ которыхъ на основаніи предварительнаго изслѣдованія спорное обычное право нашло свое примѣненіе. (L 34 de legib. 1, 3). Пословицы имѣютъ сомнительную цѣну [4]).

§ 14.

d. *Обычное право, обыкновеніе (Herkommen), Observanz, дѣловая практика (Geschäftsführung *).*

I. Обыкновеніе (Herkommen) — то, что привычно и такъ наз. Observanz (то, что обыкновенно наблюдается), сами по себѣ означаютъ то же, что и обычай, т. е. однообразное поведеніе. Въ примѣненіи къ явленіямъ права, обыкновеніе и Observanz служатъ поэтому часто лишь другими названіями для обычнаго права. Но въ словоупотребленіи замѣтна тенденція— примѣнять указанныя названія къ тому обычному праву, которое дѣйствуетъ или въ ограниченномъ пространствѣ или для опредѣленныхъ круговъ лицъ, или же образуется автономно — для регулированія внутреннихъ отношеній въ корпораціяхъ [1]) (§ 16).

---

[4]) *Stobbe* § 23, пр. 18.

*) *Puchta,* Gewohnheitsrecht II, § 11. *Savigny* I, стр. 98—100; *Arnold,* Prakt. Erörterungen Nr. XIX: Einiges zur näheren Festsetzung des Begriffs des Herkommens.

[1]) *Seuff.* XIX 104, Rg. XI Nr. 43, стр. 213, XII Nr. 71, стр. 293.— *Savigny,* стр. 98.—*Puchta* цит. соч.; *Bähr,* Urteile des Reichsgerichts,

Обыкновеніе (Observanz) понимается при этомъ какъ источникъ юридическихъ нормъ.

Но обыкновеніе (Herkommen) понимается также въ смыслѣ установленія того или другаго правоотношенія путемъ продолжительнаго фактическаго пользованія какимъ-либо правомочіемъ, напримѣръ, правомъ прохода. Въ такихъ случаяхъ обыкновеніе значитъ то же что и давность владѣнія или незапамятная давность (это называется нѣкоторыми матеріальнымъ или аттрибутивнымъ обыкновеніемъ). Тутъ обыкновеніе является источникомъ субъективнаго права. Но обыкновеніе въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ не рѣдко касаются другъ друга очень близко, такъ какъ и внѣсудебное примѣненіе того или другаго положенія обычнаго права выражается, по большей части, въ осуществленіи какого-либо полномочія,— именно полномочія, вытекающаго изъ юридической нормы. Однако, различіе обыкновенія въ томъ и другомъ смыслѣ очень важно, такъ какъ къ обоимъ явленіямъ предъявляются неодинаковыя условія возникновенія, и судья при ссылкѣ на норму права занимаетъ иное положеніе, чѣмъ при ссылкѣ на юридическое отношеніе (§ 25 II). Вопросъ долженъ ставиться въ отдѣльномъ случаѣ такъ: что̀ служитъ,

---

стр. 18—20 и Krit V Ischr. XXX, стр. 329.—Ср. также *Böhlau*, Mecklenb. Landr. § 65; *Stobbe* § 23 пр. 8; *Roth* § 44 пр. 14—16; Motive I, стр. 10.

[2]) Въ подобномъ же значеніи наши источники употребляютъ слово consuetudo: consuetudo in illis lapidicinis. L 13 § 1 comm. praed. 8, 4 longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere 6,1 de serv. 3,34. Сомнительно haendi consuetudo въ L 20 pr. SPU. 8, 2. *Th. Mommsen* ad h. l.

въ виду данныхъ фактическихъ условій, непосредственнымъ источникомъ утверждаемаго правомочія, особое ли положеніе права или правоотношеніе, возникшее на основаніи общаго права? За давность въ сомнительныхъ случаяхъ говоритъ то обстоятельство, что примѣненіе касается обыкновенно только отдѣльнаго отношенія между индивидуально опредѣленными лицами или юридическаго положенія опредѣленной вещи, тогда какъ индивидуальныя нормы въ обычномъ правѣ, если и не невозможны, то чрезвычайно рѣдки (§ 22 пр. 9) [3]).

Напротивъ, обычное право надо предполагать въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ объ установленіи индивидуальнаго права или индивидуальной обязанности для круга лицъ, не представляющихъ собою субъекта права (юридическаго лица) и не ограниченныхъ лицомъ одного только обладателя права съ его юридическими преемниками [4]).

II. Упражненіе въ смыслѣ однообразнаго образа дѣйствій имѣетъ въ правѣ значеніе и для опредѣленія содержанія юридическихъ сдѣлокъ. То, что обыкновенно дѣлается или выговаривается при извѣстнаго рода сдѣлкахъ, образуетъ дѣловую практику (Geschäftsgebrauch), mos, consuetudo [5]); напримѣръ,

---

[3]) L 13 § 1 comm. praed. 8, 4 C. 1 de serv. 3, 34; Arnold. цит. соч. Сюда относятся, по моему мнѣнію, случаи у *Seuff.* I 3, II 122, IX 116, X 190, XI 2, XIX 1, XXVIII 98, XXIX 209, XXXVI 172. Rg. XI Nr. 43 стр. 212, XII Nr. 71 стр. 292.

[4]) *Leonhard,* Verhandlungen. des XVI Deutschen Iuristentags (1882) I стр. 285 и слѣд. *Seuffert* III, 1, 98, 256; IV, 94; XIV, 3, 193; XIX, 104; XXI, 10, 201; XXIII, 177; XXXIII, 199; XXXVII, 179.

[5]) *Goldschmidt,* Handb. des Handelsr. § 35, п. 2; *Laband,* z. f. HR.

вступающему въ договоръ найма вручается извѣстная сумма въ задатокъ (Dinggeld), при платежѣ наличными деньгами дѣлается нѣкоторая скидка. Эта дѣловая практика бываетъ индивидуальная или общая, въ зависимости отъ того, слагается ли она изъ однородныхъ дѣйствій отдѣльнаго лица или цѣлаго круга лицъ (жителей страны, членовъ извѣстнаго промышленнаго класса и т. д.)

Дѣловая практика не имѣетъ юридическаго значенія, если она касается чисто фактическихъ дѣйствій (напримѣръ, веденіе книговодства, способы упаковки), — она называется тогда дѣловыми нравами. Основаніе же, по которому придается юридическое значеніе тому, что соблюдается обыкновенно при установленіи правовыхъ отношеній, — обычаю въ области юридическихъ сдѣлокъ, — заключается въ томъ наблюденіи, что люди, по общему правилу, не отступаютъ безъ серьезныхъ данныхъ отъ своихъ обыкновеній, что, вступая въ сдѣлки, они опускаютъ часто точное опредѣленіе тѣхъ пунктовъ, по которымъ установилась та или другая, само собою подразумѣвающаяся для нихъ, практика. Это даетъ право не только толковать неясныя выраженія какой-либо сдѣлки по индивидуальному или общему словоупотребленію, господствующему въ данной мѣстности (дѣйствіе толкованія) [6]), но и опредѣлять, согласно установившейся практикѣ, содержаніе сдѣлки въ тѣхъ пунк-

---

XVII Abh. 5; *Endemann*, Handb. des Handelsr. I стр. 45 и слѣд.; II стр. 45 и слѣд.; II стр. 391 и слѣд.; *Leonhard*, Irrthum bei nichtigen Verträgen, стр. 222 и слѣд.

[6]) L 50 § 3 de legat. I L 34 R. I. 50, 17 L 21, § 1, i. f. qui testam. facere 281.

тахъ ея, которые не нашли для себя точнаго опредѣленія въ самой сдѣлкѣ (восполняющее дѣйствіе)[7]).

1. Дѣловая практика составляетъ дополненіе не воли сторонъ, а только ея выраженія. Поэтому, ею можно пользоваться для удостовѣренія особаго содержанія сдѣлки лишь въ томъ предположеніи, что воля участвующихъ въ ней лицъ направлена на то, что регулируется установившеюся практикой. Опираться здѣсь на отсутствіе противоположнаго выраженія воли было бы недостаточно, такъ какъ можетъ случиться, что стороны не имѣютъ вообще никакой воли относительно тѣхъ или другихъ пунктовъ сдѣлки. Этотъ пробѣлъ могъ бы быть заполненъ только предписаніемъ права. Такимъ образомъ, вопросъ слѣдуетъ ставить не такъ: распорядились ли бы стороны согласно существующей дѣловой практикѣ, если бы спорный пунктъ не ускользнулъ отъ ихъ вниманія? а скорѣе такъ: было ли это регулированіе, согласное дѣловой практикѣ, въ намѣреніи сторонъ, и не было ли оно опущено только ради удобствъ или потому, что оно разумѣлось само собою[8])? Нѣтъ сомнѣнія, что изъ общей воли, выраженной въ сдѣлкѣ, вытекаетъ предположеніе и въ пользу особой воли относительно отдѣльныхъ пунктовъ сдѣлки. Но если законъ предписываетъ для извѣстнаго волеопредѣленія формальное выраженіе, то пополненіе его дѣловой практикой вовсе не имѣетъ мѣста[9]).

---

[7]) Обязанность очистки лежитъ на продавцѣ и безъ того, чтобы онъ явно принялъ ее на себя. L 31 § 20 de aed. ed. 21, 1 L 6 de evict. 21, 2. Если стороны не установили размѣра процентовъ, то обычный для даннаго мѣста процентъ считается какъ бы договореннымъ. L 1 pr. de usur. 22, 1.

[8]) Далеко заходитъ ROHG. XXII Nr. 86 стр. 371. Ср., однако, *Leonhard*, Irrthum, стр. 224 и сл.

[9]) Въ силу общей дѣловой практики купцы платятъ по своимъ

2. Допущеніе воли, опирающейся на дѣловую практику, предполагаетъ знакомство лица, распоряжающагося своимъ правомъ, съ этой практикой. Но требуется знакомство, относящееся лишь къ существованію, а не къ содержанію этой практики, такъ какъ каждый можетъ подчиниться и неизвѣстному ему правилу [10]). Даже болѣе: кто вступаетъ въ извѣстный дѣловой оборотъ, тотъ не можетъ потомъ ссылаться на невѣдѣніе принятой въ этомъ оборотѣ практики, насколько лица, вступающія съ нимъ въ сношенія, предполагаютъ и имѣютъ право предполагать знакомство его съ этой практикой. Обязанность знать приравнивается здѣсь къ самому знанію [11]).

3. Согласно изложенному, дѣловая практика отличается отъ обычнаго права и въ своемъ понятіи и въ практическихъ послѣдствіяхъ [12]). Въ понятіи:

она представляетъ собою массовое явленіе, гдѣ основаніе для того или другаго дѣйствія безразлично. Мы усвоиваемъ себѣ господствующій языкъ не изъ чувства подчиненности, а изъ соображеній пользы или удобства. Въ практическихъ послѣдствіяхъ:

а) Невыраженная воля стороны, опредѣляемая дѣловою практикой, имѣетъ преимущество передъ по-

---

векселямъ въ мѣстѣ торговой осѣдлости. Тѣмъ не менѣе, вексель былъ бы недѣйствителенъ, если бы мѣсто платежа не было ясно указано въ силу Wechsel-Ord. Art. 4 п. 8. Напротивъ, дѣйствіе толкованія возможно и здѣсь, напр. при оговоркѣ: «Здѣсь и во всякомъ мѣстѣ». *Rehbein*, Allg. Deutsche WO. Art. 4 Anm. 36.

[10]) L 7, § 1 C. E. 18 1. L 48 AEv. 19, 1.

[11]) Кто вступаетъ въ биржевыя сдѣлки, тотъ долженъ знать, что существуютъ общія биржевыя условія, которымъ онъ подчиняетъ себя, если не выговариваетъ исключенія ихъ путемъ соглашенія. ROHG. VII Nr. 1 стр. 14, VIII Nr. 65 стр. 257, XV Nr. 71 стр. 251 *Seuff.* XL 299.

[12]) ROHG. V Nr. 7 стр. 34, *Seuff.* XXXVII 173 (RG.).

полняющей юридической нормой даже тамъ, гдѣ обычное право исключается дѣйствіемъ закона [13]).

b) Существованіе дѣловой практики судья не обязанъ изслѣдовать по своему почину.

c) Вопросъ о примѣненіи въ данной мѣстности той или другой дѣловой практики не разрѣшается по тѣмъ правиламъ, которыя установлены для примѣненія права въ условіяхъ мѣста.

§ 15.

4. Отношеніе закона и обычнаго права *).

Что обычное право можетъ быть отмѣнено новымъ закономъ, — это не подвергалось никогда сомнѣнію. Напротивъ, мнѣнія расходятся по вопросу о томъ, можетъ-ли вновь образующееся обычное право лишить дѣйствія право, основанное на законѣ.

Кто считаетъ народъ творцемъ всякаго права, а законъ и обычное право — только различными формами выраженія уже ранѣе возникшаго права, тотъ придетъ послѣдовательно къ признанію равнаго

---

[13]) По HGB. Art 1 торговое обычное право не примѣняется, когда данный составъ фактовъ предусмотрѣнъ въ торговомъ законодательствѣ. Это не противорѣчитъ тому, что торговыя обыкновенія принимаются въ соображеніе. ROHG. V Nr. 42 стр. 185, VI Nr. 83, стр. 370, VIII Nr. 65 стр. 255 *Seuff.* XL 299.

*) *Puchta,* Gewohnheitsrecht II стр. 199 и слѣд.; *Beseler,* Verhandl. des V Deutsch Jur. Tags (1864) I стр. 102 и слѣд.; *Adickes,* Zur Lehre von den Rechtsquellen (1872) § 7; *Zoll,* Iher. Iahrb. XIII Abh. 10 (1874); *Sturm,* Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit (1874), стр. 23 и слѣд.; *Adolf Schmidt,* Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht (Leipz. Programm 1881); *Esser,* Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts (1889).

значенія за обоими источниками права и, вмѣстѣ съ этимъ, къ утвердительному отвѣту на поставленный вопросъ. Тотъ же, кто выводитъ силу обычнаго права изъ одобренія законодателя, придетъ къ отрицательному отвѣту. Обѣ точки отправленія ложны (§ 9), а съ ними падаютъ и выводимыя изъ нихъ слѣдствія.

Говорятъ, что законодатель выходитъ изъ предоставленныхъ ему границъ и создаетъ необязательное содержаніе закона, если онъ устанавливаетъ нормы, опредѣляющія возникновеніе или силу обычнаго права [1]). Эта теорія разбивается о тотъ фактъ, что еще ни одинъ судья не рѣшался, да и въ будущемъ едва-ли рѣшится считать, напр., Art. 1. обще-германскаго торговаго уложенія необязательнымъ содержаніемъ закона — и устраниться отъ подчиненія ему.

Такія апріорныя соображенія нисколько не рѣшаютъ вопроса, для котораго можетъ имѣть значеніе одно положительное право. Общее право даетъ въ этомъ отношеніи слѣдующій результатъ.

1. Въ законодательныхъ сборникахъ Юстиніана дѣйствіе обычнаго права, измѣняющее законъ, признается какъ въ принципѣ [2]), такъ и въ многочисленныхъ примѣненіяхъ [3]). Противорѣчитъ этому, какъ будто, одно мѣсто въ Кодексѣ [4]). Но прежде всего

---

[1]) *Eisele,* Civ. Arch. LXIX, стр. 289.

[2]) L 32 § 1 de legib. 1, 3 § 11 J de iure nat. 1, 2 Const. Deo auctore § 10.

[3]) § 3 J. de libert. 1, 5 § 7 de injur. 4, 4 L 27 § 4 ad leg. Aq. 9, 2 L 1, § 1 de interrog. in iure 11, 1 C. un § 1 de cad. toll. 6, 51. Сюда же Gai I, 111, II, 103 Ulp. 1, 8.

[4]) C. 2 quae sit longa consuet. 8, 52 (53): Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut rationem vincat aut legem. Constantinus a. 319.

надо принять въ соображеніе, что приведенная въ этомъ мѣстѣ конституція есть рескриптъ, изданный по поводу отдѣльнаго случая. Онъ исходитъ отъ Константина, слѣдовательно принадлежитъ времени, когда не могло быть рѣчи объ образованіи обычнаго права, обнимающаго всю имперію. Поэтому consuetudo имѣла въ данномъ случаѣ своимъ предметомъ партикулярное обычное право, тогда какъ lex въ словоупотребленіи того времени означала общій законъ имперіи. Слѣдовательно, смыслъ конституціи таковъ: общій законъ имперіи не можетъ быть отмѣненъ партикулярнымъ обычнымъ правомъ. Если принять еще въ соображеніе то, что законы имперіи того времени дѣйствовали не только субсидіарно, но имѣли въ виду и созданіе всюду одинаковаго порядка, то противорѣчіе между Кодексомъ и Дигестами само собою устраняется [5]).

Но какъ ни толковать содержаніе указаннаго мѣста изъ Кодекса, — несомнѣнно, что позднѣйшее право не благопріятствовало пониманію закона Константина въ смыслѣ безсилія обычнаго права передъ правомъ закона. Уже каноническое право ограничило это положеніе [6]), и въ Германіи многіе римскіе

---

[5]) Мы слѣдуемъ при толкованіи настоящаго мѣста въ существенномъ *Savigny* I Beil. II. Ср. *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht стр. 163. Другіе пытаются устранить затрудненіе инымъ путемъ. *Puchta*, Vorl. I Beil. II. Утверждаетъ, что consuetudo представляетъ собою лишь фактическое обыкновеніе (Gebrauch). *Brinz* § 33 пр. 4 и *Adolf Schmidt*, цит. соч., говорятъ, что обычное право считается лишь непревосходящимъ по своей силѣ права закона. *Bähr*, Urteile, стр. 186, думаетъ, что consuetudo ususque longaevus относятся къ судебной практикѣ. *Keller*, § 3, пр. 7; *Zoll*, цит. соч. стр. 424; *Rümelin*, Iher Iahrb. XXVII стр. 224—признаютъ противорѣчіе. Другія мнѣнія у *Esser*, цит. соч. стр. 4 и слѣд.

[6]) Cap. ult. X de consuet. 1, 4. Reichsgericht (Entsch. V Nr. 34 стр. 134)

законы и нѣкоторые законы старой германской имперіи измѣнялись путемъ обычнаго права [7]).

2) Германское торговое уложеніе въ Art. 1 предписываетъ, что торговое обычное право, старое и новое, примѣняется въ торговыхъ дѣлахъ лишь настолько, насколько въ этомъ уложеніи не оказывается соотвѣтствующихъ нормъ. Равнымъ образомъ и германскія партикулярныя кодификаціи не допускаютъ отмѣняющей законъ силы обычнаго права [8]). Это повелѣніе закона столь же обязательно, какъ и всякое другое [9]); и въ дѣйствительности, суды всегда подчинялись ему [10]). Здѣсь проявляется превосходство организованной власти надъ неорганизованной.

Но это превосходство не слѣдуетъ преувеличивать. Есть много каналовъ, по которымъ живое правовое убѣжденіе проходитъ въ жизнь и получаетъ силу вопреки закону. Оно вліяетъ на толкованіе закона и, внося различія, устанавливая исключенія и т. д., достигаетъ въ результатѣ измѣненія закона. Примѣры этого такъ многочисленны, что ихъ незачѣмъ

усматриваетъ здѣсь отмѣну закона Константина. Что въ средніе вѣка иначе разсуждали о законѣ и обычаѣ, чѣмъ это приписывается императору Константину, — доказываютъ Feud. lib. II tit. 1 и Schwabenspiegel c. 40.

[7]) Достаточно напомнить объ измѣненіи путемъ обычнаго права юридическихъ положеній о представительствѣ, о договорахъ въ пользу 3-хъ лицъ, объ отвѣтственности наслѣдника за долги наслѣдодателя, вытекающіе изъ деликтовъ. Ср. также *Seuff.* XV 217, XXIII 219, XXXIII 92.

[8]) Preuss. Ldr. Einleit. § 3, 60; Oesterr. GB § 9, 10; Bad. Ldr. Satz 6 d; Sächs. GB. § 28.

[9]) *Laband*, Staatsr. § 57 III (1 A. § 60 II); *Zoll* цит. с. стр. 446 и сл. Ср. однако пр. 1.

[10]) *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 216; *Wächter*, WPR. II стр. 36 и сл.

приводить [11]). Затѣмъ, съ теченіемъ времени, самъ законъ можетъ утратить свое дѣйствіе, побѣжденный тою самой силой, которой онъ до тѣхъ поръ сопротивлялся. Нужно только отказаться отъ того взгляда, чтобы отдѣльное образованіе обычнаго права могло само по себѣ отмѣнить какой-либо законный запретъ. Какъ установить убѣжденіе людей, примѣняющихъ обычай въ томъ, что въ данномъ именно случаѣ не должно быть мѣста законному запрету? [12])

§ 16.

5. Автономія *).

Какъ латинскимъ словомъ lex и нѣмецкимъ Herkommen, такъ и техническимъ выраженіемъ «автономія» обозначается рядъ родственныхъ между собою понятій, представляющихъ различные виды правообразующей дѣятельности. Автономіей называется:

а) Регулированіе отдѣльнаго правоотношенія путемъ юридической сдѣлки; это — право частнаго распоряженія, частная автономія.

Въ этомъ смыслѣ автономія не составляетъ основанія для возникновенія юридическихъ нормъ; она сама

---

[11]) Вспомнимъ, хотя бы, договоры о страхованіи жизни по прусскому Ландрехту. *Dernburg*, Preuss. PR. II § 20. Объ угрозѣ — HGB. Art. 219. Ср. *Eug Wolf*, Arch. für bürg. R. III стр. 337 и сл.

[12]) Оспариваемый взглядъ защищаетъ *Windscheid* § 18, пр. 3.

*) *Gerber*, Civ. Arch. XXXVII Abh. 2 и Iher. Iahrb. III Abh. 6; *K. Maurer*, Krit. Ueberschau II стр. 229 и сл.; *Brunner* въ Holtzendorffs Rechtslexikon s. v. Autonomie. *Pfaff und Ho mann*, Komm. I стр. 251 и сл.; *Böhlau*, Mecklenb. Landr. § 56—60. Ср. также учебники по нѣм. гражд. праву.

заимствуетъ свою силу изъ той или другой (диспозитивной) нормы (§ 24).

b) Законодательная власть отдѣльныхъ государствъ, которыя, въ качествѣ членовъ болѣе обшираго государственнаго союза, подчинены одновременно законодательной власти этого союза [1]).

Распоряженія такой законодательной власти будутъ общими законами въ смыслѣ, указанномъ въ § 10.

c) Полномочіе корпоративныхъ союзовъ и подобныхъ имъ замкнутыхъ круговъ лицъ на установленіе права, ограниченнаго въ своемъ дѣйствіи внутренними отношеніями этихъ союзовъ [2]).

Слѣдуетъ ли автономію въ этомъ третьемъ значеніи причислять къ источникамъ объективнаго права, это — спорный вопросъ, требующій, однако, утвердительнаго отвѣта.

1. Съ понятіемъ корпораціи необходимо соединяется власть цѣлой организаціи надъ составляющими ее сочленами. Корпорація регулируетъ свои внутреннія отношенія посредствомъ статута (Satzungen), куда привходитъ и упорядочивающая власть обычая (Observanz). Кто состоитъ въ корпораціи, тотъ подчиняется дѣйствующему въ ней во всякій данный моментъ времени основному закону, все равно — сочувствуетъ

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ *Laband*, Staatsr. I стр. 104 и сл. 1 Aufl., стр. 107 и сл. называетъ автономіей законодательную власть отдѣльныхъ нѣмецкихъ государствъ. Въ Австріи автономіей называется существующее тамъ рядомъ съ имперскимъ законодательствомъ право законодательства отдѣльныхъ «королевствъ и земель». *Pfaff und Hofmann*, цит. соч., стр. 255. Сюда же относится особенное право законодательства, принадлежащее городамъ Висмару и Ростоку. *Böhlau*, цит. соч., § 59.

[2]) Объ автономіи церковныхъ корпорацій см. *Pfaff und Hofmann*, цит. соч., стр. 258 и сл. RGE. XXIII Nr. 5, стр. 26

онъ или нѣтъ содержанію этого закона. Кто не хочетъ допустить надъ собою господства статута, тому остается открытымъ одинъ только выходъ, какъ и гражданину, недовольному законами своего государства, — эмиграція. Это и есть тотъ пунктъ, который отличаетъ автономный порядокъ отъ договорной регламентаціи и приближаетъ первый къ государственному законодательству. Автономія есть нѣчто большее, чѣмъ власть частныхъ лицъ — распоряжаться своими правами въ порядкѣ юридическихъ сдѣлокъ [3]): это — созданіе нормъ объективнаго права. Ограниченіе корпоративной автономіи государственнымъ законодательствомъ не опровергаетъ этого положенія. Даже помимо спорнаго вопроса, можетъ-ли въ противорѣчіи съ государственной волей образоваться право, — хотя бы и такое, которое не будетъ осуществляться въ государственныхъ судахъ [4]), — то, что происходитъ безъ препятствій со стороны стоящей выше власти, не есть дѣло этой послѣдней.

Высшее дворянство обладаетъ правомъ устанавливать въ своихъ такъ наз. «домовыхъ законахъ» (Hausgesetze) нормы о семейномъ имуществѣ, заключеніи брака, опекѣ, наслѣдственномъ правѣ, — нормы, которыя для всѣхъ членовъ данной семьи обяза-

---

[3]) На эту точку зрѣнія хочетъ свести автономію *Gerber*, цит. соч., противъ чего съ большой убѣдительностью выступаетъ *Maurer*, цит. соч. Подобное пониманіе не достаточно даже для права частныхъ корпорацій устраивать свой внутренній распорядокъ. Иначе мнѣнія *Stobbe* § 20 въ концѣ. Ср. однако *Bolze*, Der Begriff der iuristischen Person, стр. 168 и сл.; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, стр. 152 пр. 1. *Seuff.* IX 7, XIII 124, XXXVIII 2. RGE. V Nr. 32 стр. 120. Примѣненіе къ статутамъ Berufsgenossenschaften имперскаго права у *Menzel*, Arch. für bürg. R. I стр. 339.

[4]) *Thon*, Grünhuts Z. VII стр. 243; *Bernatzik*, Arch. f. öffentl R. V, стр. 243.

тельны и, притомъ, даже исключаютъ дѣйствіе принудительныхъ общихъ законовъ[5]). И это правомочіе идетъ дальше гражданской власти на распоряженіе своимъ правомъ.

§ 17.

6. Право юристовъ, судебная практика*)

Раньше было изложено, что и юриспруденція создаетъ положенія права, только ея созданія являются положеніями права съ меньшей силой дѣйствія. (§ 9 II B 3). Это требуетъ ближайшаго объясненія.

I. Юристъ-практикъ служитъ посредникомъ между абстрактнымъ предписаніемъ права и правовой жизнью. Законодатель часто указывать лишь общія черты даннаго правоваго порядка, осуществленіе же и отдѣлку вынужденъ предоставить примѣненію закона[1]). Во всякомъ случаѣ, судья въ своемъ рѣшеніи создаетъ внѣшне-обязательную норму лишь для случая, подлежащаго его разсмотрѣнію.

---

[5]) Это признано въ der deutsche Bundesakt v. 1815 Art. 13, который съ прекращеніемъ союза не утратилъ своей силы. RGE. XXVI Nr. 26 стр. 161. Ко всему этому *Stobbe* § 20.

*) Литературу ср. § 17 прим. 9.

[1]) Въ этомъ смыслѣ *Hugo*, Civilist. Magaz. IV, стр. 123 (1813) говоритъ: «Законъ служитъ въ извѣстной мѣрѣ лишь импульсомъ къ тому, что должно быть въ дѣйствительности». Независимо отъ своего предшественника, ту же мысль излагаютъ: *Bähr*, Rechtsstaat, стр. 4 и слѣд., и *Bülow* въ лекціи, упомянутой въ § 9, прим. 9. Ср. также *Kloeppel*, Gesetz und Obrigkeit, стр. 79 и сл. и RGE. XXIV Nr. 10, стр. 49 и слѣд. Изъ другихъ представленій исходилъ творецъ прусскаго Ландрехта, *Svarez*. *Stölzel*, *Svarez* (1885) стр. 223 и друг.

Но когда онъ говоритъ, что при фактическихъ условіяхъ предложеннаго на его рѣшеніе случая правомъ будетъ то-то и то-то, онъ устанавливаетъ общее положеніе права, могущее быть примѣнено и къ другимъ случаямъ. Такимъ образомъ, примѣненіе права имѣетъ для наличнаго объективнаго права не только то значеніе, что оно насаждаетъ и укрѣпляетъ его, но и то, что оно распространяетъ и преобразуетъ его. Hoc iure utimur — говорили римскіе юристы и разумѣли подъ этимъ право, какъ оно образовалось въ практическомъ примѣненіи.

II. Изъ различныхъ направленій теоретической юриспруденціи здѣсь нужно имѣть въ виду то, которое самымъ непосредственнымъ образомъ подготовляетъ примѣненіе права; это — догматика права или систематическое изложеніе дѣйствующаго права. Сводя къ руководящимъ идеямъ отдѣльныя предписанія, запрещенія и дозволенія закона и обычнаго права, оно не только достигаетъ упрощенія юридическаго матеріала и дѣлаетъ чрезъ то возможнымъ надежное господство надъ нимъ, но, овладѣвъ принципами, оно открываетъ, въ то же время, при помощи логическихъ заключеній, и новыя юридическія правила. Вспомнимъ мастерское построеніе, которое римская юриспруденція возвела на скудныхъ опредѣленіяхъ Sem. Velleianum; въ разработкѣ права кредиторовъ на оспариваніе убыточныхъ для нихъ распоряженій должника современная юриспруденція представляетъ подобное же доказательство. Предусмотрительно поднимаетъ и разбираетъ догматикъ права вопросы, которые ставитъ жизнь примѣненію права; въ систематической связи права онъ находитъ опорные пункты для ихъ разрѣшенія: «сис-

тема есть неизсякаемый источникъ новаго матеріала» (Ihering).

III. Особенностью созданій юриспруденціи является отсутствіе внѣшней обязательной силы. Вполнѣ наглядно это выступаетъ, съ одной стороны, въ легальной интериретаціи, съ другой — въ научномъ толкованіи положеній права. (§ 27 V). Между тѣмъ, извѣстный внѣшній авторитетъ не вполнѣ чуждъ и положеніямъ права юристовъ.

Мы не будемъ касаться обычнаго права, которое вырабатывается черезъ посредство сословія юристовъ (§ 12 I 3). Это важная составная часть обще-германскаго обычнаго права, куда принадлежитъ и рецепція чужихъ правъ, и институтъ безвѣстнаго отсутствія, и обязанность къ доставленію алиментовъ со стороны лица, причинившаго беременность женщинѣ, не состоящей съ нимъ въ бракѣ, и друг. Отличить такое обычное право отъ права юристовъ нерѣдко представляется затруднительнымъ, такъ какъ право юристовъ переходитъ легко въ обычное право. Это превращеніе слѣдуетъ считать совершившимся тогда, когда утрачивается память о научномъ источникѣ даннаго положенія права, и это послѣднее примѣняется такъ, какъ бы оно дѣйствовало само по себѣ [2]).

О чистомъ правѣ юристовъ надо замѣтить слѣдующее:

1. То, что выдающимися представителями науки провозглашается, какъ право (communis opinio doc-

---

[2]) *Stahl*, Rechtsphilosophie II, 1 Buch 2 Kap. 3 § 22; *Bähr*, Urteile, стр. 184 и сл. *Seuff.* XIII 204, XIV 109, XV 200, 217, 237, XXIV 95. XL 86. BOHG. XV Nr. 41 стр. 125, RGE. I Nr. 120 стр. 326, III Nr. 59, стр. 211, Nr. 62 стр. 226.

torum), равно какъ и то, что въ приговорахъ судовъ, благодаря однообразному примѣненію, кристаллизуется въ судебную практику (auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum usus fori), — имѣетъ за себя презумпцію правильности. Добросовѣстный судья будетъ до тѣхъ поръ подчинять этому воззрѣнію свое уклоняющееся отъ него личное мнѣніе, пока не составитъ себѣ полнаго убѣжденія въ несостоятельности воззрѣнія, снабженнаго указаннымъ авторитетомъ [3]).

2. Внѣшняя сила судебной практики крѣпнетъ отъ однообразія судебныхъ рѣшеній. Это однообразіе имѣетъ такое значеніе для довѣрія къ правосудію, для обезпеченія обыденнаго существованія, что безъ серьезныхъ основаній его нельзя приносить въ жертву стремленію къ внутреннему совершенствованію судебной практики [4]). Отступленія отъ установившейся судебной практики тѣмъ чувствительнѣе, чѣмъ болѣе они касаются случаевъ, принадлежащихъ прошлому и возникшихъ, можетъ-быть, подъ вліяніемъ прежняго пониманія права [5]).

---

[3]) Это не должно истолковываться въ пользу культа прецедентовъ, который недостоинъ судебнаго сословія. Противъ такого культа направлены слова Юстиніана: Non exemplis sed legibus iudicandum est. C. 13 de sent. et interloc. 7, 45. Судья долженъ умѣть воздерживаться столько же отъ рабскаго подчиненія, какъ и отъ суетнаго высокомѣрія.

[4]) Такъ судитъ и почтенный практикъ *Schlodtmann*, Z. f. HR XXXVII, стр. 9. Поэтому не заслуживаетъ никакого сочувствія стремленіе имперскаго суда отказывать партикулярной судебной практикѣ въ признаніи въ тѣхъ случаяхъ, когда она приходитъ въ столкновеніе съ общимъ правомъ. RGE. I Nr. 115 стр. 313, Nr. 120, стр. 324, III Nr. 59 стр. 211, IV Nr. 36 стр. 131, VI Nr. 112 стр. 371, VII Nr. 50 стр. 155. Противъ этого направленія *Seuff.* XXXIV 20, XLII 122.

[5]) Нѣмецкіе суды иногда оставляли судебную практику безъ

3. Въ прежнее время въ разныхъ мѣстахъ путемъ закона придавалась внѣшне-обязательная сила рѣшеніямъ сомнительныхъ вопросовъ права, состоявшимся въ высшемъ судѣ данной территоріи права. Такая сила была признана, напр., за общими постановленіями прежняго имперскаго суда (Reichskammergericht), въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ странахъ — за рѣшеніями высшаго суда этихъ странъ[6]).

Всѣ подобныя предписанія для Германской Имперіи устранены закономъ о судоустройствѣ. Чтобы поддержать однообразіе судебныхъ рѣшеній въ имперскомъ судѣ, GVG § 137 и, въ дополненіе къ нему, имперскій законъ 17 Марта 1886 г. установили особыя правила.

§ 18.

b. *Отмѣна (прекращеніе) положеній права**).

Подобно общественной жизни, упорядоченію которой служатъ положенія права, эти послѣднія также подвержены измѣненіямъ; неизмѣннаго права нѣтъ. Законодатель можетъ связать измѣненіе или отмѣну извѣстнаго положенія права самыми затруднительными условіями (примѣръ § 10, прим. 3), но онъ не можетъ дѣйствительнымъ образомъ установить

вниманія изъ доктринерской осторожности. *Seuff.* I 210, XV 200, XVII 112, XXIII 224, XXXII 103, XXXV 299. За судебную практику для общаго права RGE. III Nr. 50 стр. 178.

[6]) Подробности у *Stobbe* § 24, пр. 7—16.

*) *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 214 и сл.

неизмѣнность какого бы то ни было положенія права даже на ограниченное время [1]).

I. Основаніе для отмѣны того или другаго положенія права можетъ заключаться или въ содержаніи его самого или въ новомъ положеніи права.

А. Изъ содержанія положенія права вытекаетъ его отмѣна:

1) когда оно установлено на опредѣленное время (напр. законъ о соціалистахъ былъ изданъ на три года) или для временнаго, преходящаго состоянія (особая форма завѣщанія на время холерной эпидеміи);

2) когда отпадаютъ фактическія отношенія, на которыя оно разсчитано (напримѣръ, peculium profecticium). Впрочемъ, иногда такія предписанія сохраняются подстановкой, путемъ обычнаго права, другаго состава фактическихъ отношеній на мѣсто прежняго: напримѣръ, римскія опредѣленія о легитимаціи дѣтей отъ конкубины были сохранены благодаря распространенію этнхъ опредѣленій вообще на дѣтей, рожденныхъ внѣ брака. Но никогда положеніе права не утрачиваетъ своего дѣйствія отъ того, что измѣняются обстоятельства, которыя въ свое время дѣлали возникновеніе этого положенія необходимымъ или полезнымъ. Практическій результатъ, на который разсчитываетъ законодатель, не служитъ предположеніемъ ни вступленія закона въ силу, ни сохраненія имъ этой силы. Поэтому ошибочно положеніе: cessante ratione legis cessat lex ipsa. Современные корабельщики и содержатели гостинницъ вовсе не воры и не укрыватели воровъ, какъ это было во время рим-

---

[1]) *Eisele*, Civ. Arch. LXIX стр. 283 и слѣд.

скихъ преторовъ; однако, и теперь еще примѣняется та строгая отвѣтственность, которая была введена для нихъ преторскимъ эдиктомъ [2]).

Б. Чаще отмѣна извѣстнаго положенія права происходитъ черезъ посредство новаго положенія права: lex posterior derogat priori [3]).

1. Новое положеніе права можетъ отмѣнить прежнее всецѣло или только отчасти. Содержаніе новаго положенія можетъ ограничиться лишь отмѣной стараго [4]) или же можетъ установить для того же фактическаго состава отношеній другую норму. Въ послѣднемъ случаѣ не требуется даже открыто выраженной отмѣны, насколько старое и новое положенія права не могутъ быть примѣняемы, одно рядомъ съ другимъ. А это имѣетъ мѣсто не только тогда, когда содержаніе новаго положенія права уклоняется отъ стараго, но и тогда, когда послѣднее покрывается первымъ. Отмѣна стараго права новымъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ получаетъ значеніе при позднѣйшей отмѣнѣ и новаго положенія права; тогда прежнее состояніе обсуждается на основаніи не старѣйшаго, а новѣйшаго положенія права [5]). Когда явно выраженной отмѣны нѣтъ, не всегда бываетъ легко рѣшить вопросъ, лишается или нѣтъ силы старое положеніе права вслѣдствіе изданія новаго [6]). Это — задача толкованія закона.

---

[2]) *Thibaut*, Theorie der logischen Auslegung § 22. ROHG. V Nr. 103, стр. 432, RGE. IV Nr. 36 стр. 127.

[3]) Это положеніе взято не изъ источниковъ, но матеріально согласно съ ними. L 4 de constit. 1, 4.

[4]) Desuetudo была отмѣной обычнаго права путемъ простаго непримѣненія. Gai I 111 i. f. L 27 § 4 ad leg. Ac. 9, 2.

[5]) Практическое примѣненіе въ RGE. XIX Nr. 32 стр. 180.

[6]) Извѣстные спорные вопросы: Устранилъ-ли имперскій за-

2. Съ прекращеніемъ института падаютъ всѣ относящіяся къ нему положенія права [7]); съ прекращеніемъ положенія права падаютъ въ свою очередь и всѣ тѣ положенія, которыя и основываются на ея существованіи, все равно, содержатъ-ли они въ себѣ простое примѣненіе принципа, установленнаго въ отмѣненномъ положеніи права [8]), или подкрѣпленіе заключавшагося въ немъ же предписанія или запрета (черезъ угрозу убыточными послѣдствіями за нарушеніе), или защиту отъ злоупотребленія установленнымъ тамъ же полномочіемъ [9]), или противовѣсъ чрезмѣрному дѣйствію наносимаго имъ ущерба и друг. [10]).

3. Когда измѣняется правило, существующее въ законѣ, то съ этимъ вмѣстѣ не отмѣняется необходимо и исключеніе изъ этого правила. Возможно,

---

конъ о договорныхъ процентахъ 14 ноября 1867 г. существовавшее въ общемъ правѣ ограниченіе суммы накопившихся процентовъ размѣромъ alterum tantum? RGE. VII Nr. 52 стр. 162, VIII Nr. 45 стр. 174. Или: Запрещеніе lex commissoria при договорахъ о залогѣ? RGE. IV Nr. 12 стр. 51. Продолжаютъ-ли еще со времени введенія Rst GB. существовать частные штрафы за недозволенное самоуправство?

[7]) Съ отмѣной развода отпадаютъ само собою наказанія, установленныя за неосновательный разводъ.

[8]) L 9 gpr. de usur. 22, 1 не могъ бы существовать рядомъ съ отмѣной императорскимъ закономъ maximum'а процентовъ, хотя бы объ этомъ и не говорилось явно въ законѣ.

[9]) Съ отмѣной ограниченій доказательной силы домовыхъ документовъ (Einf. Ges. zur CPO § 17) утратило значеніе предписаніе Nov. 18 c. a (осужденіе in duplum въ случаѣ лживаго отрицанія уже произведеннаго платежа).

[10]) Если-бы было правильно то, что неправильно утверждается многими, а именно, что actio doli носитъ субсидіарный характеръ вслѣдствіе infamia, связанной съ ея дѣйствіемъ, то въ современномъ правѣ, не знающемъ infamia, субсидіарнаго характера этого не могло бы существовать. Ср. также Seuff. XXXVIII 200.

конечно, что нововведеніе имѣетъ въ виду захватить и правило и исключеніе; тогда дѣло толкованія закона — установить отношеніе новаго правила къ дѣйствовавшимъ до него исключеніямъ. Презумпціи не существуетъ ни въ пользу ограниченнаго, ни въ пользу широкаго толкованія этихъ исключеній [11]). Законъ, опредѣляющій вновь общій срокъ совершеннолѣтія, не затрогиваетъ, въ случаѣ сомнѣнія, существующаго срока совершеннолѣтія для занятія престола. Напротивъ, имперскій законъ о заключеніи браковъ 6 февр. 1875 г. устранилъ прежнія исключительныя формы брака (die stille Ehe, die Gewis sensehe, Zwangstrauung).

4. Вопросъ о томъ, можетъ-ли быть законъ отмѣненъ обычнымъ правомъ, и наоборотъ, обсуждался въ § 15; объ отношеніи между общимъ и партикулярнымъ правомъ см. § 21.

c. *Противоположенія между юридическими нормами.*

§ 19.

1. Терминологическія, отрицающія, предписывающія, запрещающія, дозволяющія положенія права*).

I. Всякое положеніе права содержитъ въ себѣ распоряженіе, опредѣляя, что то или другое должно

---

11) Поэтому положеніе: lex posterior generalis non derogat legi priori speciali, вовсе не заимствованное изъ источниковъ, содержитъ въ себѣ лишь половину истины. Объ этомъ вѣрно разсуждаетъ *Thibaut*, Civ. Versuche (1814), стр. 108—131.

*) *Thöl*, Einleitung § 33—36; *Thon*, Rechtsnorm 1—6; *Bierling*, Kritik der iurist. Grundbegriffe II стр. 7, 307 и сл.; *A. Merkel*, Iurist.

быть правомъ. Этимъ положеніе права отличается отъ положенія (догма права), опредѣляющаго, что есть право. Характеръ распоряженія, присущій закону, не всегда выступаетъ изъ его редакціи; эта редакція говоритъ нерѣдко о томъ, что «есть», вмѣсто того, что «должно быть». Такъ § 4 закона о германскомъ судоустройствѣ гласитъ: занимать должность судьи способенъ всякій функціонирующій въ установленномъ порядкѣ преподаватель права любаго нѣмецкаго университета. Этими словами законъ не утверждаетъ просто факта, а присвоиваетъ указаннымъ лицамъ способность быть судьями [1]).

Положенія права, устанавливающія значеніе употребляемыхъ въ законѣ выраженій, — такъ называемыя, терминологическія положенія [2]), — не составляютъ въ этомъ отношеніи исключенія. Положеніе: закономъ въ смыслѣ устава гражданскаго судопроизводства признается всякая норма права (Einf. Ges., sur CPO. § 12), опредѣляетъ то, что «законъ» долженъ быть понимаемъ здѣсь не въ какомъ иномъ, а именно въ указанномъ смыслѣ. Титулы «De verborum significatione» въ Дигестахъ и Кодексѣ содержатъ предписанія, а не научныя объясненія. Равнымъ об-

---

Encyklopädie § 100 и въ Holtzendorffs Rechtsencyklopädie 5 Aufl. стр. 8 и сл.; *Binding*, Hndb. des Strafr. I § 30—35 и Normen I § 15 и слѣд. (2 Aufl.); *Wendt*, Iher. Iahrb. XXII Abh. 3; *Eisele*, Civ. Arch. LXIX Abh. 6; *Hänel*, Studien im deutschen Staatsr. II 2 (Das Gesetz im formellen und materiellen Sinn (стр. 163 и сл., 210 и сл.).

[1]) Повелительная форма, во всякомъ случаѣ, болѣе соотвѣтствуетъ существу закона, чѣмъ повѣствовательная. Однако, она утомляетъ, когда ея исключительно держится изложеніе какого-нибудь обширнаго закона; едва-ли можно опасаться недоразумѣній и при второмъ способѣ изложенія.

[2]) *Thöl*, § 35, *Binding*, § 36 пр. 4; *A. Merkel*, въ Holtz. Rechtsencyklopädie стр. 8.

разомъ, и опредѣленія, встрѣчающіяся въ законахъ, будутъ положеніями права, а не научными положеніями, хотя содержаніе ихъ въ смыслѣ регулированія человѣческаго поведенія не имѣетъ иногда важнаго значенія и исправляется болѣе опредѣленными нормами [3]).

Иногда въ законѣ рядомъ съ распоряженіемъ (норма, положеніе, verba dispositiva) помѣщается и обоснованіе его (verba enunciativa) [4]). Самостоятельное значеніе имѣетъ только распорядительная часть. Это относится также къ основаніямъ рѣшеній римскихъ юристовъ, усвоеннымъ Corpus juris [5]).

II. Нѣкоторыя положенія права опредѣляютъ только то, что извѣстныя фактическія отношенія или вовсе не производятъ юридическаго дѣйствія или не производятъ опредѣленнаго юридическаго дѣйствія. Потребность въ такихъ отрицающихъ [6]) положеніяхъ права появляется тогда, когда извѣстное событіе заключаетъ въ себѣ всѣ элементы отношенія, снабженнаго юридическими послѣдствіями, и потому, если бы право не отрицало этихъ послѣдствій, то они непремѣнно бы наступили. Сюда относятся, напримѣръ, запрещеніе даренія между супругами, безнаказанность кражи, совершенной родственниками въ

---

[3]) Очень далеко заходятъ въ приниженіи положеній права, *Wendt* и *Eisele* въ цит. соч. Ср., напротивъ, *Hänel*, цит. соч., стр. 165 и слѣд.

[4]) Примѣръ—§ 35 I. R. D. 2. 1: pro cultura et cura.

[5]) Въ тѣхъ императорскихъ конституціяхъ, которыя были изданы по поводу отдѣльныхъ юридическихъ казусовъ, decreta и rescripta, въ описаніе обстоятельствъ дѣла прокрадывался иногда такой моментъ, на который данное распоряженіе вовсе не опиралось. Напр. C. 5 de his quae vi 2, 19 (20): sciente emtore.

[6]) *Thöl*, цит. соч. § 34. Согласно съ нимъ и *Binding* § 36 пр. 4.

нисходящей линіи у родственниковъ въ линіи восходящей. Когда отрицающее положеніе права отказываетъ извѣстному дѣйствію въ юридическихъ послѣдствіяхъ, для того, чтобы не допускать его совершенія, тогда говорятъ о запрещеніи дѣйствія, хотя бы съ этимъ не связывалось никакихъ дальнѣйшихъ юридическихъ невыгодъ, напримѣръ, запрещеніе отчуждать участокъ, данный въ приданое. Этого нельзя не признать основательнымъ, такъ какъ положительное право и опредѣляетъ дѣйствія людей, и руководитъ ими (§ 1, 1)[7]).

III. Утверждающія положенія права содержатъ или повелѣніе, или запрещеніе, или дозволеніе, или они опредѣляютъ ущербъ за неисполненіе повелѣнія или за нарушеніе запрета (римская sanctio legis). Такъ оправдывается изреченіе Модестина: Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire (L7 de legib. 1, 3). При этомъ большинство дозволеній сопровождается, конечно, повелѣніемъ или запрещеніемъ, обращеннымъ къ другимъ[8]); отнесеніе положеній права къ той или иной категоріи опредѣляется преобладающимъ характеромъ распоряженія или предположеннымъ дѣйствіемъ того или другаго положенія[9]).

---

[7]) Правильно *Fr. Endemann*, Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze. Стр. 82.

[8]) Не всѣ, какъ, напр., положеніе, признающее за зрѣлымъ и самостоятельнымъ лицомъ право совершать завѣщаніе.

[9]) По вопросу о томъ, можно-ли противополагать предписывающимъ и запрещающимъ положеніямъ права дозволяющія (или, — какъ ихъ называютъ другіе, — разрѣшающія, уполномочивающія), ведется малоплодотворный споръ. *Savigny* I стр. 59 полагаетъ, что дозволеніе есть только отмѣна или ограниченіе запрета. Въ этомъ есть только часть истины. Ср. *Thöl*, стр. 103, пр. 6 и примѣры изъ XII таблицъ у *Kniep*, Vacua possessio I стр. 312, пр. 4. Иное мнѣніе высказываетъ *Bierling*, цит. соч. II стр.

§ 20.

2. Положенія публичнаго и гражданскаго права *).

I. Дѣленіе всего права на публичное и гражданское не ново: мы встрѣчаемъ его уже у римлянъ. Однако, римское противоположеніе ius publicum и ius privatum не покрывается современнымъ значеніемъ публичнаго и гражданскаго права (öffentliches und Privatrecht).

Римское противоположеніе имѣетъ два значенія, близость которыхъ не должна вводить въ заблужденіе относительно ихъ различія.

1. Jus publicum, согласно Ульпіану (L 1 § 2 de justit. et jure 1, 1), есть право, которое регулируетъ положеніе государства, взятое во всѣхъ его отношеніяхъ, со стороны какъ верховенства, такъ и имущественныхъ правъ, какъ въ цѣломъ, такъ и въ от-

---

322 и сл. Онъ не оспариваетъ того, что разрѣшенія и полномочія находятся во множествѣ предписаній права, а только утверждаетъ, что «при дѣйствительно исчерпывающемъ анализѣ какого-либо положенія права юридическимъ осадкомъ, т. е. истиннымъ продуктомъ правообразованія, будетъ только одинъ или нѣсколько императивовъ». Сюда же относится объясненіе императива на стр. 349. За признаніе разрѣшающихъ положеній права: *Ihering*, Zweck im Recht II стр. 87 примѣч.; *Binding*, цит. соч. I стр. 157, и Normen 2 Aufl. I стр. 101 и сл.; *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 326 и слѣд. *Савиньи*, цит. соч., немного говоритъ и о противоположеніи предписывающихъ и запрещающихъ законовъ; они различаются только безразличной въ логическомъ отношеніи формой утвержденія и отрицанія. Противъ этого *Thöl* § 36 пр. 3, 4 и Fr. *Endemann*, цит. соч., стр. 69 и сл.

*) *Stahl*, Philosophie des Rechts II 1 Buch 2, Kap. 8; *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht III; *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II стр. 150—255; *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 118 и слѣд.; *Wach*, Handb. des Civilproz. I § 8.

дѣльныхъ органахъ: jus, quod ad statum rei Romanae spectat... in sacris secerdotibus magistratibus consistit. Гражданскому праву оставляется, поэтому, регулированіе сферы права частныхъ лицъ, что̀ Ульпіанъ менѣе удачно обозначаетъ, какъ jus quod ad singulorum utilitatem spectat.

Такое различіе для римлянъ имѣло основаніе. Имущественное право римскаго государства по своему основанію, дѣйствію и осуществленію имѣло иной покрой, чѣмъ имущественное право частныхъ лицъ[1]). Напротивъ, въ современномъ правѣ государство подчиняется въ своихъ имущественныхъ отношеніяхъ во всемъ существенномъ тѣмъ же нормамъ права, какъ и частныя лица.

2. Выраженіемъ jus publicum римляне обозначали, однакоже, еще группу положеній гражданскаго права, именно тѣ положенія, которыя снабжались принудительной силой въ виду общественнаго интереса, выступающаго въ нихъ такъ же, какъ и при поддержаніи порядка. Этимъ положеніямъ гражданскаго права противополагались прочія, какъ ius privatum. Объ этомъ противоположеніи мы будемъ говорить ниже, въ § 24.

II. Чтобы подойти ближе къ различію между публичнымъ и гражданскимъ правомъ въ современномъ правѣ, слѣдуетъ исходить не изъ свойства интересовъ[2]),—такъ какъ интересы цѣлаго (Gemeininteressen) могутъ быть преслѣдуемы и подъ защи-

---

[1]) *Mommsen* Röm. Staatsr. I (3.A.), стр. 169 и сл., 236 (2.A., стр. 162, 227); *Gierke,* Genossensch. R. III, § 4; *Pernize,* Z. d. Sav. St. R.A. V, стр. 1 и слѣд.

[2]) Такъ, между прочимъ, думаютъ *Pfaff und Hofmann* I стр. 119, съ опаснымъ выводомъ, будто всякое ius cogens слѣдуетъ относить къ публичному праву.

той нормъ гражданскаго права, — и не изъ различія субъектовъ [3]), — одинъ и тотъ же субъектъ можетъ стоять и въ публично-правовыхъ и въ гражданско-правовыхъ отношеніяхъ, — а изъ положенія субъектовъ въ правоотношеніяхъ.

1. Человѣческое общество расчленяется на множество самостоятельныхъ общеній, изъ которыхъ каждому внутри его области принадлежитъ высшая повелѣвающая власть (summum imperium); таковы общенія государственныя. Каждое государство вступаетъ въ юридическія отношенія внутри и вовнѣ: внутри — къ лицамъ, находящимся въ области его господства, вовнѣ — къ другимъ государствамъ. Не всегда въ этихъ отношеніяхъ государство является носителемъ повелѣвающей власти; въ качествѣ собственника, кредитора, оно не имѣетъ никакой иной власти, кромѣ той, которою располагаетъ всякое частное лицо; въ качествѣ должника — оно обязывается подобно всѣмъ должникамъ. Напротивъ, всѣ тѣ правоотношенія, въ которыхъ государство является носителемъ высшей власти — вовнѣ, какъ суверенъ, внутри, какъ правительство, — принадлежатъ публичному праву и составляютъ предметъ внѣшняго и внутренняго государственнаго права, причемъ первое называютъ обыкновенно международнымъ правомъ (Völkerrecht). Чтобы получить понятіе о внутреннемъ государственномъ правѣ, надо представить себѣ сложное расчлененіе государственной власти, органы, которые участвуютъ въ разрѣшеніи государственныхъ задачъ, объемъ послѣднихъ и разнообразныя направленія, въ которыхъ государственная

---

[3]) Такъ, между прочимъ, *Schulze*, Deutsches Staatsrecht I § 1.

власть должна дѣйствовать: законодательство, судъ и широкая, все растущая область попеченія о матеріальныхъ и духовныхъ интересахъ гражданъ (Wohlfahrts-oder Kulturflege). Строеніе государства (государственное устройство, конституція), равно какъ и осуществленіе государственной власти (управленіе), область полномочій послѣдней, — обязанности и права подданныхъ въ отношеніи къ государственной власти, — все это подчиняется юридическимъ опредѣленіямъ.

Однако, область публичнаго права не исчерпывается сказаннымъ.

Государство заключаетъ въ себѣ союзы подобнаго съ нимъ рода и со сходными жизненными задачами; это — общины въ ихъ различныхъ видоизмѣненіяхъ, мѣстныя, окружныя (дистрикты), провинціальныя. Каждой общинѣ соотвѣтствуетъ отдѣльная территорія. Община раздѣляетъ съ государствомъ признакъ принудительнаго сочленства (Zwangsmitgliedschaft). Подобно тому, какъ государство призвано осуществлять общія цѣли страны, такъ и на общинахъ лежитъ обязанность удовлетворять особеннымъ мѣстнымъ, областнымъ и т. п. интересамъ. Общины — не простые хозяйственные организмы: онѣ имѣютъ тоже повелѣвающую власть, хотя и подчиненную государственной власти. Совокупная регламентація отношеній, въ которыхъ стоитъ община, какъ господствующая или подчиненная власть, относится къ публичному праву.

Общины представляютъ собою совокупныя личности публичнаго права. Но онѣ не единственныя. Это не подлежитъ спору; но спорно то, какія другія корпораціи, кромѣ общинъ, должны быть отне-

сены къ одной съ ними группѣ. Разнообразіе переходныхъ формъ явленій общенія (genossenschaftliche Erscheinungen) затрудняетъ проведеніе границы. Здѣсь достаточно будетъ сказать, что существуютъ публичныя корпораціи помимо общинъ, и что ими открывается новая область публичнаго права [4]).

Своеобразное явленіе представляютъ въ области права большія церковныя общенія, католическая церковь и евангелическія церкви различныхъ странъ. Благодаря своему величественному развитію и особенному исторически сложившемуся положенію, онѣ выступаютъ публичными общеніями. Публичнымъ является право, которое опредѣляетъ отношеніе ихъ къ государству (внѣшнее государственное право церкви); публичнымъ же будетъ и правовой порядокъ ихъ внутренней общей жизни. Если поэтому имѣть въ виду раздѣленіе всего права на двѣ половины, то церковное право найдетъ себѣ мѣсто въ публичномъ правѣ [5]).

2. Международное право, государственное право (государственное устройство и управленіе), уголовное право (въ своей преобладающей части), процессуальное право, церковное право — принадлежатъ публичному праву. То, что остается, за исключеніемъ всѣхъ этихъ областей права, называется гражданскимъ или частнымъ правомъ (Privatrecht) [6]). Почему же это частное право?

Во всѣхъ имущественно-правовыхъ отношеніяхъ участники ихъ выступаютъ другъ противъ друга,

---

[4]) *E. von Meier* въ Holtzendorffs Rechtsencikl. 5. A. стр. 1160 и сл.

[5]) *Richter*, Kirchenrecht § 3, 99.

[6]) Иное и разнообразное значеніе имѣетъ ius civile въ римскихъ источникахъ права. *Voigt*, Jus naturale aequum bonum IV Beil. IX; *Wächter* I стр. 26 и слѣд.

какъ существа одного порядка. Совокупныя личности, какъ государство, общины и т. д., стоятъ тутъ на одной доскѣ съ частнымъ лицомъ. Нормы, которыя регулируютъ эти отношенія, принадлежатъ, поэтому, частному праву.

Человѣкъ обладаетъ благами, принадлежащими непосредственно его индивидуальному существованію; это — его жизнь, здоровье, свобода, честь и т. д. И эти блага обезпечиваются и защищаются ему правомъ. Нормы, которыя содержатъ въ себѣ подобное признаніе, — это, такъ называемое, чистое право личности, — относятся также къ гражданскому праву.

Изъ одинокаго положенія человѣкъ вступаетъ членомъ въ семейный союзъ. Внутри семейнаго союза мы опять видимъ подчиняющій и подчиненный порядокъ, господство и подчиненность — въ супружескихъ отношеніяхъ и въ отношеніяхъ родителей и дѣтей, даже въ опекѣ. Это приближаетъ семейственное право къ публичному. Но съ другой стороны, семейственныя отношенія оцѣниваются нами, главнымъ образомъ, со стороны значенія ихъ въ нашей частной жизни, и связанныя съ семейственными отношеніями права и обязанности являются правами и обязанностями отдѣльнаго лица, а не союза. Этимъ и рѣшается вопросъ о принадлежности семейственнаго права къ гражданскому (ср. § 42 V).

§ 21.

3. Общее и партикулярное право*).

I. Каждое положеніе права проявляетъ свое дѣйствіе въ опредѣленной территоріи, господство его

*) *Wächter* I § 5; *Thöl*, Einleitung § 46.

ограничено въ пространствѣ. Область, въ которой господствуетъ данное положеніе права или законченное цѣлое положеній права, называется областью права (Rechtsgebiet). Таковы области общаго права, прусскаго ландрехта и т. д. Территоріальная область (Landgebiet) образуетъ для извѣстнаго опредѣленнаго права его область права тогда, когда дѣйствіе права для всей этой территоріальной области покоится на единомъ источникѣ права (законодательство, образованіе обычнаго права).

Всякая государственная территорія (Staatsgebiet) представляетъ область права, такъ какъ всякое государство со своей законодательной властью господствуетъ надъ своей территоріей. Рядомъ, однако же, существуютъ такія области права, которыя обнимаютъ только часть данной государственной территоріи, а съ другой стороны — такія, которыя выходятъ за предѣлы государственнаго единства.

Послѣднее отклоненіе представляетъ рѣдкое явленіе; оно имѣетъ свое основаніе въ особыхъ историческихъ отношеніяхъ. Германія послѣ паденія старой и до основанія новой германской имперіи представляла собою извѣстную область права, хотя она въ это время не была вовсе государствомъ; германскій союзъ, существовавшій отъ 1815 до 1866 года, носилъ въ дѣйствительности характеръ одного лишь международнаго союза. Политическое разложеніе старой имперіи не уничтожило основаній для дѣйствія прежняго общаго права, и наука съ практикой упрочивали и развивали это право какъ единое для всей Германіи [1]).

---

[1]) Чисто теоретическое значеніе имѣетъ вопросъ о томъ, со-

Гораздо чаще встрѣчается другое явленіе, когда внутри государства для меньшей, чѣмъ это послѣднее, области дѣйствуетъ особое право. Право, дѣйствіе котораго ограничено частью другой, болѣе обширной области права, называется *партикулярнымъ*, а дѣйствующее во всей этой области — *общимъ* [2]).

II. Два права, регулирующихъ одни и тѣ же отношенія, не могутъ господствовать въ одной и той же области, — одно должно уступить другому. По общему правилу, партикулярное право является въ своей области сильнѣйшимъ: партикулярное право, насколько оно содержитъ въ себѣ тѣ или другія опредѣленія, исключаетъ ими въ своей области примѣненіе общаго права.

Однако же, не всякое общее право уступаетъ партикулярному. Центральный источникъ права можетъ облечь свои законы исключительной силой дѣйствія, можетъ создать абсолютное (безусловное) общее право, въ противорѣчіи съ которымъ въ какой бы то ни было части области общаго права иное право [3]) не можетъ ни возникнуть, ни продолжать свое существованіе [4]). Поэтому партикулярное право нахо-

---

хранилось-ли въ Германіи послѣ 1806 года общее право. Отрицательный отвѣтъ на него даетъ, напр., *Wächter*, Gemeines Recht Deutschlands (1844), стр. 171 и сл. и Pand. I § 5 Anm. Но дальнѣйшее образованіе общаго права за это время, именно путемъ судебной практики, — общепризнано.

[2]) Jus commune въ этомъ смыслѣ въ источникахъ мы не находимъ, а терминъ ius particulare въ нихъ вообще не встрѣчается. Послѣднее понятіе описывается конкретно: lex municipalis, ius quo urbs Roma utitur и т. п.

[3]) А не только отклоняющееся, см. RGE. XIX Nr. 32 стр. 180.

[4]) Конечно для того, чтобы норма общаго права имѣла такое дѣйствіе, къ волѣ законодателя должна присоединиться его мощь. Уголовный судебникъ императора Карла V былъ разсчитанъ

дитъ мѣсто только при субсидіарномъ (условномъ) общемъ правѣ. Такой характеръ имѣетъ дѣйствующее до сихъ поръ въ Германіи общее право, покоящееся на римско-каноническо-нѣмецкой основѣ. Въ противоположность этому, новое германское имперское право является, по общему правилу, абсолютно - общимъ правомъ; по отношенію къ нему, право отдѣльной страны дѣйствуетъ лишь настолько, насколько самъ имперскій законъ явно предоставляетъ ему первенство [5]).

III. Но не одно только дѣйствіе въ пространствѣ является рѣшающимъ для понятія общаго права. Двѣ страны, въ которыхъ дѣйствуетъ одно и то же право, нельзя еще въ силу одного этого факта признать имѣющими общее право. Сюда долженъ присоединиться еще другой моментъ, а именно — въ обѣихъ странахъ право должно дѣйствовать въ силу еди-

---

также служить абсолютнымъ общимъ правомъ. Однако, при слабости императорской власти, мѣстная государственная власть проводила свое партикулярное право и превращала абсолютное дѣйствіе общаго права въ вспомогательное.

[5]) Reichs VU. Art 2: «Въ предѣлахъ союзной области имперія пользуется правомъ издавать законы сообразно содержанію этой конституціи и съ такимъ дѣйствіемъ, что имперскіе законы предшествуютъ въ примѣненіи законамъ, издаваемымъ въ отдѣльныхъ странахъ». Подъ «имперскими законами» разумѣются и распоряженія по имперіи, содержащія въ себѣ юридическія нормы (Rechtsverordnungen), *Seligmann,* Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag I стр. 163 и сл.; подъ «законами отдѣльныхъ странъ» — также дѣйствующее понынѣ общее право и партикулярное обычное право. Примѣры субсидіарныхъ опредѣленій имперскаго законодательства находятся: въ Handelsgesetzbuch Art. 5, 82, 83, 308, 312, 345, 349, 421, 449, 470, 527 (теперь отмѣненъ), 536 (тоже) 562; въ RG. v. 5 iuni 1869 über die Einführung der Wechesordnung und des Handelsgesetzbuchs § 2, 3 B. 1; въ Einführungs Gz. RKKO. § 7, 8, 12, 13, 17. Относительно CPO. ср. *Wach* Handbuch I стр. 196, относит. St. GB.—*Binding,* Haudbuch I § 64.

наго источника права, въ силу управляющей обѣими странами одной и той же законодательной власти или единаго образованія обычнаго права.

Единство источника права отличаетъ общее право (das gemeine Recht) отъ сходства или общности въ правѣ (das gemeinsame Recht)[6]. Германское торговое законодательство дѣйствовало во всѣхъ нѣмецкихъ союзныхъ государствахъ раньше, чѣмъ оно было возведено имперскимъ законодательствомъ въ имперскій законъ. Дѣйствіе его въ то время опиралось на законодательства отдѣльныхъ странъ. Оно было для нѣмецкихъ государствъ общностью права и только путемъ имперскаго законодательства стало общимъ правомъ[7].

IV. Отношеніе между общимъ и партикулярнымъ правомъ опредѣляется слѣдующимъ основнымъ правиломъ: абсолютно-общее право исключаетъ всякое партикулярное[8], а партикулярное — исключаетъ суб-

---

[6]) То, что здѣсь, согласно съ *Wächter*'омъ, цит. соч., называется общностью права, обозначается другими, напр. *Thöl*, Einl § 47, всеобщимъ правомъ (allgemeines Recht). Я предпочитаю первое выраженіе. Ибо отъ общности права можетъ быть еще далеко до всеобщаго права, а затѣмъ, послѣдній терминъ намъ понадобится для другаго понятія. Ср. слѣд. §.

[7]) Общность права и теперь еще существуетъ между Германіей и Австріей въ торговомъ законодательствѣ (исключая земель Венгерской короны). Подробности у *Schröder*, Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch, стр. 1 Anm. Общность права представляло и содержаніе эдикта римскихъ магистратовъ послѣ ревизіи, предпринятой Адріаномъ, когда этотъ эдиктъ получалъ дѣйствіе въ каждомъ округѣ юрисдикціи магистрата съ соотвѣтствующимъ распоряженіемъ претора, проконсула и т. д. *Brinz*, krit. VJSchr. XI стр. 479 и слѣд.; *Wlassak*, krit. Studien zur Theorie der Rechtsquellen стр. 15.

[8]) Объ отношеніи имперскаго законодательства къ законодательству отдѣльныхъ странъ *Laband*, Staatsrecht § 59 (61); *Binding*, Handb. § 60—70; *Wach*, Handb. § 16.

сидіарно-общее право. Эту взаимно исключающую силу они проявляютъ не только черезъ то, что́ ими регулируется непосредственно, но и черезъ то, что́ ими регулируется только посредственно. Если болѣе сильное право регулируетъ свой матеріалъ исчерпывающимъ образомъ, то для дѣйствія болѣе слабаго права не остается вовсе мѣста. Представляется-ли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ исчерпывающая регламентація или нѣтъ, это — вопросъ толкованія закона [9]).

Абсолютно-общее право (напримѣръ, имперское право) нельзя ни толковать на основаніи партикулярнаго права [10]), ни пополнять изъ послѣдняго при регулированіи фактическихъ отношеній, подчиненныхъ общему праву. Но съ опредѣленіями имперскаго права могутъ связываться и такія послѣдствія, которыя, при отсутствіи соотвѣтствующихъ опредѣленій въ имперскомъ законодательствѣ, будутъ обсуждаться по партикулярному праву отдѣльныхъ странъ [11]).

V. Противоположеніе общаго и партикулярнаго права — подвижное. Одно и то же право можетъ быть, съ одной стороны, партикулярнымъ, съ другой — общимъ. Баварское земское право является партикулярнымъ по отношенію къ общему праву Германіи, и общимъ — по отношенію, напримѣръ, къ городскому праву Мюнхена.

---

[9]) Примѣры у Seuff. XLIII 187.

[10]) RGE. VII Nr. 3 стр. 9. *Wach*, Handb. § 21 пр. 1.

[11]) Такъ ReichsVU. Art. 32 запрещаетъ членамъ рейхстага получать за ихъ присутствіе въ рейхстагѣ вознагражденіе, но не говоритъ, можетъ-ли быть потребовано и кѣмъ то, что ими будетъ получено вопреки запрещенію. Этотъ вопросъ разрѣшается партикулярнымъ правомъ отдѣльной страны. RGE. XVI Nr. 19 стр. 104.

Отношенія партикулярнаго права къ субсидіарно-общему касается пословица: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht (городское право уничтожаетъ земское, земское уничтожаетъ общее). Выражаясь общѣе: право, болѣе ограниченное въ пространствѣ своего дѣйствія, исключаетъ внутри своей области право, менѣе ограниченное въ пространствѣ своего дѣйствія. Норма партикулярнаго права можетъ, однако, только вытѣснить, но не отмѣнить норму общаго права. Это различіе имѣетъ практическое значеніе. Когда партикулярное право устраняется и на его мѣсто не устанавливается ничего новаго, тогда само собою вступаетъ въ силу общее право. Въ этомъ случаѣ можно говорить объ эластичности субсидіарно-общаго права. Въ Германіи, во время старой германской имперіи и до основанія новой, образовались партикулярныя права, которыя отмѣняли общее право для своей области (прусскій ландрехтъ, баденскій ландрехтъ, саксонское гражд. уложеніе). Это было слѣдствіемъ сначала слабости [12]), а позднѣе — и отсутствія центральной власти.

§ 22.

4. Общее и индивидуальное положеніе права. Привиллегіи *).

I. Всякое положеніе права связываетъ предписываемыя имъ юридическія послѣдствія съ извѣстнымъ

---

[12]) *Stobbe*, Gesch. d. deutsch. Rechtsqu. II стр. 184 и сл.

*) *Laband*, Staatsr. § 54 (56); *Rosin*, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen (1882) стр. 4 и сл.; *Hänel*, Studien im Deutschen Staatsr. II стр. 124 и сл. — О привиллегіяхъ: *Schlayer*, Giessner Z. N. F. XII Abh. 2; *Hinschius*, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protest. III § 192 — 194; *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 297 — 352.

опредѣленнымъ составомъ фактовъ (Thatbestand). Составъ фактовъ въ большинствѣ положеній права опредѣляется родовыми признаками, т. е. изъ болѣе или менѣе значительнаго числа дѣйствительныхъ или только мыслимыхъ явленій жизни извлекается то, что они имѣютъ между собою общаго, и это общее берется какъ предположеніе для извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій. Выражаясь иначе, фактическій составъ этихъ предписаній права абстрактенъ. Положеніе права регулируетъ всѣ случаи дѣйствительной жизни, въ которыхъ встрѣчается впередъ извлеченный изъ нихъ абстрактный составъ фактовъ.

Таково правило. Иногда, однако, положеніе права устанавливается только для одного или нѣсколькихъ индивидуально - опредѣленныхъ составовъ фактовъ, когда, напримѣръ, одна какая-нибудь законодательная сессія рейхстага удлиняется путемъ закона на полгода, или трое дѣтей главы государства, рожденныхъ отъ неравнаго брака, объявляются способными къ наслѣдованію престола.

На этомъ несходствѣ фактическаго состава покоится различіе *общаго* и *индивидуальнаго* положеній права [1]).

1. Рѣшающее значеніе для этого различія имѣетъ не просто число регулируемыхъ случаевъ. Поло-

[1]) Римляне называли то́, что́ обозначено въ текстѣ индивидуальнымъ положеніемъ права, — lex in privos lata, constitutio personalis, въ противоположность ius generale, lex или constitutio generalis (L 1 § 2 de constit. 1, 4 C. 2, 3 de legib. 1, 14). Напротивъ, ius speciale, которое часто употребляется новѣйшими юристами, въ источникахъ не встрѣчается. *Rosin*, цит. соч. стр. 11, называетъ индивидуальное положеніе права индивидуальнымъ регулированіемъ индивидуальнаго случая, въ противоположность абстрактному регулированію индивидуальныхъ случаевъ.

жимъ, въ видѣ правила, индивидуальное положеніе права создается лишь для одного фактическаго отношенія, тогда какъ общее положеніе права обнимаетъ множество отношеній, иногда необозримое. Однако, какъ это показываетъ второй изъ приведенныхъ выше примѣровъ, природа индивидуальнаго опредѣленія не исключаетъ и того, чтобы имъ обнималось множество случаевъ.

2. То обстоятельство, что индивидуальное положеніе права пріурочивается къ какому-либо индивидуальному составу фактовъ, приближаетъ его къ юридической сдѣлкѣ и судебному приговору. Вотъ что дало поводъ отрицать за индивидуальнымъ положеніемъ права даже природу положенія права вообще и считать его за простое правительственное распоряженіе [2]). Но это значитъ не понимать, что субъективное право не можетъ существовать безъ признающей его нормы объективнаго права [3]); на предвзятомъ взглядѣ основано и то утвержденіе, что съ природой положенія права не согласно ограниченіе его регулирующаго дѣйствія однимъ индивидуально-опредѣленнымъ отношеніемъ [4]). Чего не достаетъ, напримѣръ, до положенія права закону, ко-

---

[2]) Литература у *Seligmann*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag I (1886) стр. 62 и 63. Послѣ того *Hänel*, цит. соч.; *Thon*, Archiv für öffentl. Recht V.

[3]) Едва ли значитъ больше фразы то, что говоритъ *Kierulf* стр. 54: «Привиллегія есть индифферентизмъ къ закону и субъективному праву, не различающій абстрактнаго закона и осуществленія». Между тѣмъ, подобное говоритъ и *Brinz*, § 69, 71.

[4]) Сомнительную опору находитъ этотъ взглядъ въ выраженіяхъ въ родѣ: Iura non in singulas personas sed generaliter constituuntur и под. (L 4, 6, 8 de legib. 1, 3 и др.). Этимъ выражена задача законодателя лишь въ видѣ общаго правила, не исключающаго его видоизмѣненій.

торымъ дарується индемнитетъ на случай извѣстныхъ нарушеній конституціи? [5]).

II. Никакое положительное право не обходится вполнѣ безъ индивидуальныхъ положеній права [6]). Послѣднія не лишены внутренняго основанія въ тѣхъ случаяхъ, когда общее правило не можетъ быть приспособлено къ индивидуальному случаю, и потому сами по себѣ они вовсе не являются результатомъ произвола, хотя злоупотребленіе произволомъ при нихъ становится болѣе возможнымъ [7]). Учащеніе привиллегій по поводу одинаковыхъ случаевъ указываетъ на необходимость замѣнить индивидуальное право общимъ правомъ, и такое превращеніе совершается нерѣдко [8]).

1. Индивидуальное положеніе права, по общему правилу, отмѣняетъ общее положеніе права и создаетъ исключительное юридическое состояніе. Но это не входитъ въ понятіе индивидуальнаго положенія права. Законъ, который измѣняетъ цѣль какого-либо учрежденія, не идетъ contra legem generalem.

2. Когда индивидуальнымъ положеніемъ права создается исключительное состояніе, тогда говорятъ

---

[5]) Правильный взглядъ защищаютъ *Laband, Rosin, Hänel Thon* въ указ. въ началѣ соч. и др. Сюда же Seuff. XXI 241 съ примѣненіемъ правила, что законы не имѣютъ обратнаго дѣйствія.

[6]) Примѣры даетъ и современное имперское законодательство. Ср. *Laband,* указ. въ нач. § à соч. и въ Handb. des öffentl. Rechts II стр. 71.

[7]) XII таблицъ запрещали изданіе законовъ, клонящихся къ ущербу отдѣльныхъ гражданъ. *Mommsen,* Röm. Staatsr. III стр. 336.

[8]) По законамъ, дѣйствовавшимъ до Юстиніана, право совершать завѣщаніе въ пользу душевнобольнаго нисходящаго могло быть получено лишь путемъ особаго соизволенія императора. Юстиніанъ возвелъ это требованіе въ lex generalis. C. 9. de impub. vel al. subst. 6, 26. Изъ привиллегій выросло наше авторское право и др.

о привиллегіи. Точнѣе этимъ именемъ называется такое исключительное состояніе, которое содержитъ въ себѣ извѣстное преимущество, какъ это, дѣйствительно, по большей части, и бываетъ. Выраженіе privilegium odiosum не могло завоевать себѣ права гражданства. Ведетъ къ недоразумѣніямъ, но едва ли можетъ быть измѣнено употребленіе слова привиллегія и въ смыслѣ такого преимущества въ правѣ, которое вытекаетъ изъ, такъ называемаго, ius singulare. Ср. § 23 II.

3. Рѣдко, но не невозможно и возникновеніе юридическаго обычая для индивидуальнаго фактическаго отношенія [9]). Большинство индивидуальныхъ положеній права обязано своимъ происхожденіемъ законодательству.

Но не всѣ привиллегіи вытекаютъ изъ индивидуальныхъ положеній права. Нерѣдко общія положенія права предоставляютъ извѣстнымъ органамъ въ государствѣ полномочіе жаловать извѣстныя привиллегіи, — чаще всего, главѣ государства или высшему административному учрежденію (Staatsministerium), иногда также — и низшимъ административнымъ органамъ и судамъ (напр., восполненіе согласія родителей на заключеніе брака), даже — корпораціямъ (напр., факультетамъ университетовъ) и частнымъ лицамъ [10]). Привиллегіи послѣдняго рода основательно называютъ *административными*, а тѣ, которыя тво-

[9]) Случай въ Z. f. Kirchenrecht XI стр. 185 и слѣд. (Имущественная способность всего духовенства швейцарскаго кантона), другой случай у *Stobbe*, § 52 пр. 1 a. Ср. также *Pape*, Magazin für hannoversches Recht VIII стр. 164 и сл.; *Windscheid* § 136 пр. 8; *Adickes*, Rechtsquellen, стр. 61 пр. 13. *Seuff.* XIV 193, XIX 104, п. II (иначе п. I). Иначе мнѣнія *Wachsmuth*, Magazin für hannov. Recht VII стр. 325 и сл.; *Brinz* § 72 пр. 9.

[10]) Случай такого рода у *Seuff.* XXVIII 189.

рятся непосредственно положеніями права, — *законодательными* [11]).

4. Посредствомъ привиллегіи создается исключительное состояніе или для лица, или для вещи (напримѣръ, дворянскія имѣнія), или для юридическаго отношенія (напримѣръ, для права требованія). Согласно этому, новые юристы различаютъ privilegia personae, rei, causae.

Преимущество, которое дается привиллегіей, можетъ заключаться или въ положительномъ предоставленіи установленіи извѣстнаго права или юридическаго качества, какъ, напримѣръ, совершеннолѣтія, или въ освобожденіи отъ общаго предписанія или запрета (негативная привиллегія, диспензація).

Не имѣетъ цѣны различіе privilegia gratuita и onerosa, такъ какъ для понятія привиллегіи безразлично, сдѣлало-ли получившее ее лицо денежную жертву, или не сдѣлало. Но прямо неправильно дѣленіе на privilegia conventionalia и non conventionalia, такъ какъ пожалованіе привиллегіи, подобно изданію общаго закона [12]), можетъ быть вызвано договоромъ, — самое же пожалованіе всегда будетъ одностороннимъ актомъ воли [13]). Это относится какъ къ законодательнымъ, такъ и къ административнымъ привиллегіямъ. На пожалованіе привиллегіи не дается также ника-

---

[11]) *Ihering*, Zweck im Recht I стр. 311. Къ этому же *Rosin*, цит. соч. стр. 11 пр. 44; *Hänel*, цит. соч., стр. 131.

[12]) Примѣры: Пошлины по поводу торговыхъ договоровъ съ иностраннымъ государствомъ, законное регулированіе отношеній католической церкви путемъ конкордатовъ съ римской куріей.

[13]) *Kierulff*, стр. 59 и сл. *Seuff*. XIX 213. Иначе нельзя понимать и Preuss. Landr. Einleitung § 56, хотя тамъ говорится о привиллегіяхъ и вольностяхъ, которыя пріобрѣтаются по договору и подлежатъ обсужденію по правиламъ о договорѣ. *Dernburg*, Preuss. PR. I § 23.

кого иска. Если кто-нибудь для полученія привиллегіи совершитъ, напримѣръ, взносъ въ государственную кассу, то, въ случаѣ отказа въ привиллегіи, ему дается, самое большее, искъ на возвратъ взнесеннаго (condictio causa data causa non secuta).

5. Привиллегія, полученная благодаря сообщенію невѣрныхъ или сокрытію вѣрныхъ фактовъ, будетъ ничтожной [14]).

Въ остальномъ права, создаваемыя привиллегіей, подчиняются тѣмъ же правиламъ, какъ и права, имѣющія то же содержаніе, но иное происхожденіе: собственность обсуждается по общимъ началамъ о собственности, сервитутъ — по общимъ началамъ о сервитутѣ. Старая теорія признавала только нѣкоторыя особенности при прекращеніи правъ, возникающихъ изъ привиллегій. Такъ, она утверждала, что:

а. Право, пріобрѣтенное путемъ привиллегіи, можетъ быть отнято лишь по извѣстнымъ, установленнымъ закономъ, основаніямъ. Это положеніе, насколько имъ создается ограниченіе для законодательной дѣятельности, стоитъ въ противорѣчіи съ подчиненіемъ всего существующаго права власти законодательства. Что законодательство *должно* устранять существующія права лишь по уважительнымъ основаніямъ, это вытекаетъ изъ требованій нравственности и политическаго благоразумія. Напротивъ, ошибочно думать, будто законодательство *можетъ* сдѣлать это только на извѣстномъ основаніи [15]). Злоупотребленію должны противодѣйствовать другія силы. Вопросъ, имѣетъ-ли иной органъ (кромѣ законодательства), уполномоченный на дарованіе привиллегіи, право на

---

[14]) L 1 de natal. restit. 40, 11. *Seuff.* IX 245.

[15]) RGE. IX Nr. 62 стр. 235.

ея отобраніе, разрѣшается на основаніи государственнаго права каждой страны. Само по себѣ, право на пожалованіе привиллегіи не заключаетъ въ себѣ права на ея отобраніе.

Съ вышеизложеннымъ связанъ вопросъ, имѣетъ-ли право на вознагражденіе лицо, терпящее ущербъ отъ отмѣны привиллегіи законодательнымъ актомъ, въ томъ случаѣ когда поводъ къ отмѣнѣ дается не самимъ заинтересованнымъ лицомъ и когда отмѣна не была выговорена при пожалованіи привиллегіи, а предпринята въ видахъ общаго блага. Вывести это право изъ общихъ гражданско-правовыхъ основаній, лежащихъ въ юридической сдѣлкѣ или въ деликтѣ, нельзя [16]), равно какъ нельзя указать и положительнаго предписанія съ подобнымъ содержаніемъ въ общемъ правѣ. Но нужно признаться, что чувство справедливости говоритъ за вознагражденіе въ большей части такихъ случаевъ, когда на отдѣльное лицо возлагается жертва въ интересѣ цѣлаго [17]).

---

[16]) Можно было-бы подумать объ аналогіи экспропріаціи, но экспропріація ведетъ къ передачѣ права, здѣсь же, напротивъ, право совсѣмъ уничтожается. Ср. обстоятельно обоснованное рѣшеніе у *Seuff.* XXXVII 224 (Jur. Fak. Jena); далѣе XXIV 37 (Stuttg.).

[17]) Государственники высказываются, въ общемъ, благопріятнѣе о притязаніи на вознагражденіе, чѣмъ цивилисты, хотя и не очень заботятся объ юридическомъ обоснованіи этого притязанія. Также и *Zachariae,* Deutsches Staats-und Bundesrecht II § 151. Обязанность вознагражденія во всѣхъ случаяхъ имущественнаго ущерба, происходящаго отъ измѣненій въ правѣ, была бы неосуществима. Это соображеніе требуетъ осторожности при установленіи общаго положенія. Противъ обязанности вознагражденія *Kierulff* стр. 60; *Göppert,* Iher. Iahrb. XXII стр. 154 и сл. *Seuff.* XIX 213, XLI 111, XLVI 164 (RG.). За нее RGE. XII Nr. 1 стр. 3 (Seuff. XLI 20). Ср. также *Gierke,* Genossenschaftstheorie стр. 801. Для прусскаго права согласны *Dernburg,* Preuss. PR. I § 52 въ концѣ, § 33 пр. 2. Болѣе благосклонна къ обязанности вознагражденія баварская практика. *Roth,* Bayr. Civ. R. § 37 (1 Aufl. § 35) II.

b. Утверждаютъ еще, что всѣ основанныя на привиллегіи права прекращаются вслѣдствіе отказа, давности и злоупотребленія. Это невѣрно: дѣйствіе отказа и давности на право, пріобрѣтенное привиллегій, опредѣляется родовыми свойствами этого права, какъ, напримѣръ, собственности, сервитута и такъ далѣе; но способъ возникновенія права тутъ не имѣетъ значенія [18]). Злоупотребленіе привиллегіей можетъ дать только поводъ къ ея отобранію, непосредственнаго же прекращенія привиллегіи не производитъ.

§ 23.

5. Право общее и исключительное *).

I. Римскіе юристы называли нѣкоторыя положенія права ius singulare и противополагали имъ ius commune [1]). Павелъ даетъ опредѣленіе ius singulare [2]) и, солидарно съ другими юристами, высказывается о томъ, что это право не способно къ аналогическому примѣненію [3]). Имѣя въ виду именно эту практическую особенность, ученые издавна занимались понятіемъ ius singulare, однако же, не пришли къ

---

[18]) *Puchta* § 31. Инаго мнѣнія *Kierulff* стр. 63.

*) *Ihering*, Geist II § 39 у прим. 494; *Scharlach*, Civ. Arch. LXII Abh. 13; *Eisele*, Iher. Iahrb. XXIII. Стр. 119 — 132, XXIV стр. 499. *Regelsberger*, Streifzüge im Gebiete des Civilr. (Юбилейное изданіе Геттингенскаго юридич. факультета въ честь Іеринга) стр. 45—59 и сл.; *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 301 и слѣд.

[1]) Gai III 114 L 2, 3, 11 pr. de testam. mil. 29, 1 L 15 de reb. cred 12, 1. L 2 § 2 de iure codic. 29, 7 L 23 § 3 de fideic. libert. 40, 5 L 23 § 1 L 44 § 1 de poss. 41, 2 L 44 § 3 de usurp. 41, 3 L 37 I.F. 49, 14 и др.

[2]) L 16 de legib. 1, 3: Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

[3]) L 14, 15 de legib. 1, 3 L 23 § 3 de fideic. libert. 40, 5 L 162 R.I. 50, 17.

соглашенію, не смотря на опредѣленіе Павла или даже, можетъ-быть, благодаря этому опредѣленію. Въ самомъ дѣлѣ, не трудно доказать, что опредѣленіе Павла, съ одной стороны, не подходитъ ко всѣмъ положеніямъ права, которыя въ источникахъ называются iura singularia, съ другой стороны, оно находитъ себѣ примѣненіе въ такихъ положеніяхъ права, для которыхъ нигдѣ въ источникахъ не встрѣчается наименованія ius singulare. Право кодицилла называется ius singulare, равно и завѣщаніе солдатъ, хотя ни то ни другое не содержитъ въ себѣ никакого отклоненія отъ принципа, слѣдовательно, не идетъ contra tenorem rationis. Наоборотъ, Scm. Macedonianum и Scm. Velleianum идутъ «contra tenorem rationis», и однако, насколько щедры новые юристы на примѣненіе къ нимъ названія ius singulare, настолько-же тщетно стали-бы мы отыскивать послѣднее въ источникахъ римскаго права. Короче, попытка опредѣленія Павла оказывается неудачной. Она не обязательна, такъ какъ опровергается отдѣльными рѣшеніями, содержащимися въ источникахъ [4]). Ius singulare по источникамъ есть ничто иное, какъ исключительное право для опредѣленнаго класса лицъ, вещей, юридическихъ сдѣлокъ или правоотношеній.

Но даже помимо римскаго словоупотребленія, болѣе глубокаго различія между общимъ въ этомъ смыслѣ и исключительнымъ правомъ нельзя выста-

---

[4]) По мнѣнію *Dernburg* I § 33 Павелъ, при опредѣленіи своемъ, имѣлъ въ виду только тѣ сингулярности права, которыя нельзя распространять по аналогіи, такъ какъ онѣ представляютъ собою остатки прошлаго. Такое пониманіе вовсе не оказываетъ чести Павлу. *Eisele*, цит. соч., стр. 131 и сл., *Regelsberger* стр. 49.

вить. Попытки новѣйшихъ изслѣдователей въ этомъ отношеніи поучительны. Весьма распространенъ взглядъ, по которому ius singulare представляетъ собою право, противное принципу, такъ какъ оно нарушаетъ послѣдовательное примѣненіе какого-нибудь правоваго принципа и имѣетъ въ своемъ основаніи не правовую идею, а просто соображенія цѣлесообразности[5]). Этимъ объясняется и непригодность его для распространенія по аналогіи. Едвали, однако, можно признать правильнымъ то, чтобы положенія права, противныя принципу, были безпринципными. Скорѣе всего, они имѣютъ свой особый принципъ (ratio), который также развивается постепенно до своего полнаго значенія[6]). Поэтому понятіе противопринципнаго права, по меньшей мѣрѣ, безплодно[7]). Мы должны, подобно римлянамъ, удовольствоваться внѣшнимъ противоположеніемъ общаго и исключительнаго права[8]).

II. Отклоненіе исключительнаго права отъ общаго правила для болѣе тѣснаго круга лицъ, вещей или отношеній можетъ создать преимущества или невыгоды.

Преимущество, доставляемое исключительнымъ

---

[5]) *Thöl*, Einleitung § 39; *Ihering*, Geist, указ. мѣсто; *Windscheid*, § 29; *Eisele*, указ. соч.; *Hölder* § 13. Оригинально *Savigny* I стр. 61: «Положенія права, которыя вытекаютъ не изъ чистой области права». Что такое чистая область права?

[6]) *Kierulff*, стр. 34, 48.

[7]) Съ этимъ согласенъ *Keller*, § 7; *Pfaff und Hofmann*, указ. соч. Близко къ этому *Brinz* § 25. Также *Dernburg* § 33 находитъ въ ius singulare, кромѣ сингулярностей (прим. 4), только особенныя права. Непрактичнымъ признаетъ это понятіе *Scharlach*, въ указ. соч. О немъ *Eisele*, стр. 120, 127.

[8]) Эта точка зрѣнія обстоятельнѣе обоснована въ моемъ ученіи, указ. въ прим. *.

правомъ, называется благоволеніемъ права, beneficium iuris, а также — привиллегіей [9]), которую не слѣдуетъ смѣшивать съ исключительнымъ правомочіемъ, основаннымъ на индивидуальномъ положеніи права (§ 22 II 2).

По отношенію къ благоволеніямъ права дѣйствуетъ двоякое положеніе: отъ нихъ можно отказаться (L 41 de minor. 4, 4 L 69, 156 § 4 R. I. 50, 17), и они теряются вслѣдствіе недостойнаго поведенія (L 10 § 1 de fideiuss. 46, 1). При извѣстныхъ обстоятельствахъ ссылка на отказъ не допускается, такъ какъ она могла-бы быть безнравственной (L 14 § 1 sol. matr. 24, 3).

По поводу и противъ положенія: privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo uti non potest см. § 47 въ концѣ.

§ 24.

6. Право уполномочивающее, пополняющее, принуждающее *)

Во всѣхъ областяхъ права, а всего полнѣе въ гражданскомъ правѣ, участвующимъ въ разныхъ отношеніяхъ лицамъ принадлежитъ полномочіе — регулировать эти отношенія юридически на основаніи собственныхъ волеопредѣленій, но въ предѣлахъ извѣстныхъ границъ, впередъ намѣченныхъ положительнымъ правомъ, — напримѣръ, опредѣлять судьбу своего имущества на случай смерти, объемъ отвѣт-

[9]) Privilegium militis L 15 de subst. 28 6 privilegium fisci L 37 I.F 49, 14. Говорятъ о конкурсныхъ привиллегіяхъ, о привиллегіяхъ малолѣтняго и др.

*) *Bülow*, Civ. Arch. LXIV Abh. 1, въ особенности стр. 71—93; *Stammler*, тамъ же LXIX стр. 14—29. *Thudichum*, Iher. Iahrb. XXIII стр. 148—154.

ственности продавца передъ покупателемъ, и обратно.

Способомъ для проявленія этой созидающей право власти служатъ юридическія сдѣлки (договоры, завѣщательныя распоряженія и т. д.). Посредствомъ юридической сдѣлки отдѣльному жизненному отношенію дается его норма (lex rei suae dicta). И дѣйствительно, полномочіе къ частнымъ распоряженіямъ называютъ часто автономіей; это будетъ частная автономія (§ 16).

Однако, только въ физическомъ мірѣ человѣкъ можетъ достигать извѣстныхъ результатовъ однимъ обнаруженіемъ своихъ силъ; идеальная область права становится ему доступной лишь при посредствѣ положительнаго права. Поэтому и полномочіе къ частнымъ распоряженіямъ заимствуетъ свою правообразующую силу изъ положительнаго права; тѣмъ, чѣмъ человѣкъ можетъ юридически распорядиться, онъ распоряжается только въ силу положительнаго права и потому противъ права не можетъ сдѣлать ничего.

Это приводитъ:

1. къ группѣ положеній права, которыя опредѣляютъ, что сдѣлки извѣстнаго рода при соблюденіи извѣстныхъ условій должны производить предположенныя ими юридическія послѣдствія. Это — *управомочивающія* положенія права [1]). Содержаніе ихъ не-

---

[1]) *Eisele,* Civ. Arch. LXIX стр. 329. Въ противность господствующему словоупотребленію, *Bülow,* указ. соч., предлагаетъ для этихъ положеній права, не согласно, впрочемъ, съ источниками, названіе — диспозитивное право, исходя изъ того предположенія, что посредствомъ этихъ положеній правовой порядокъ усвоиваетъ себѣ частныя распоряженія, произведенныя юридической сдѣлкой, и устами распоряжающихся лицъ самъ регулируетъ данное жизненное отношеніе. Но такого рода представле-

рѣдко бываетъ всеобщимъ: uti legassit, ita ius esto [2]), или pacta conventa servabo [3]); далѣе, многія изъ нихъ утверждаютъ сдѣлки не прямо, а посредственно: nisi aliud convenit (actum est), nisi voluntas testatoris (contrahentium) refragatur и др. [3]). Этой особенностью объясняется то, что подобныя положенія легко ускользаютъ отъ наблюденія.

Нерѣдко участвующія лица упускаютъ въ юридической сдѣлкѣ регулированіе такихъ фактическихъ отношеній, которыя не могутъ остаться не урегулированными, какъ, напримѣръ, судьба имущества извѣстнаго лица по его смерти. Отсюда для правового порядка вытекаетъ дальнѣйшая задача —

2. создать такія положенія права, которыя давали бы юридическія опредѣленія объ извѣстныхъ фактическихъ отношеніяхъ на случай отсутствія указанія на нихъ въ юридической сдѣлкѣ. Число такихъ положеній въ гражданскомъ правѣ значительно, но названіе для нихъ не установлено; болѣе другихъ распространено выраженіе — диспозитивное право

ніе, что всѣ, даже не вполнѣ чистыя, юридическія сдѣлки исходятъ изъ положительнаго права, не можетъ быть признано ни естественнымъ ни плодотворнымъ, и отступленіе отъ установившейся здѣсь терминологіи — неудачно.

[2]) *Gai* II 224: idque lex XII tabularum permittere videbatur rlq. Ulp. XI 14. Въ этомъ порядкѣ мыслей Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ (L 130 V:S. 50, 16) говоритъ, что можно, пожалуй, сказать и о наслѣдствѣ по завѣщанію, что оно достается въ силу закона.

[3]) L 7 § 7, 16, L 27 § 4 de pact. 2, 14 L 12 § 1 de pact. dotal. 23, 4. Совсѣмъ особаго рода было въ древнеримскомъ правѣ полномочіе лица, построившаго могильный памятникъ: онъ могъ со всякаго, кто посягалъ на этотъ памятникъ, взыскать денежный штрафъ. *I. Merkel*, Gött Festgabe für Ihering, стр. 79 и слѣд.

[4]) L 5 § 14 i. f. commod. 13, 6 L 4 § 2 de substit. 28, 6 C. 6 locati 4, 65. О торговомъ уложеніи *Goldschmidt*, Handb. § 13 пр. 31.

(прим. 1); рядомъ употребляются: пополняющее, вспомогательное, непринуждающее, посредничествующее право. Послѣднее названіе основано на представленіи, что положительное право посредствомъ упомянутыхъ положеній выражаетъ лишь предполагаемую волю сторонъ. Но именно это представленіе не оправдывается въ отношеніи большаго числа пополняющихъ положеній права, а въ отношеніи другихъ оказывается, по меньшей мѣрѣ, не точнымъ. Именно, пополняющее право выступаетъ въ двухъ направленіяхъ:

a) когда имѣется налицо распоряженіе, въ видѣ юридической сдѣлки, которою предусмотрѣны не всѣ пункты, — тогда это право только пополняетъ юридическое регулированіе даннаго отношенія, напримѣръ, заключена купля-продажа безъ соглашенія о томъ, кого постигнетъ ущербъ, если вещь погибнетъ отъ несчастнаго случая раньше, чѣмъ будетъ доставлена покупателю;

b) когда нѣтъ никакого распоряженія, въ видѣ юридической сдѣлки, тогда это право замѣняетъ ее; напримѣръ, наслѣдованіе по закону, законное регулированіе имущественныхъ отношеній супруговъ, призваніе по закону къ опекѣ.

Положенія права, служащія для пополненія пробѣловъ въ распоряженіяхъ частной автономіи, заимствуютъ часто свое содержаніе изъ того, что́ осмотрительные и добросовѣстные люди сами устанавливаютъ обыкновенно въ данныхъ отношеніяхъ. Но иногда они имѣютъ цѣлью поставить преграду дѣловой рутинѣ или другимъ опасностямъ, не заходя, впрочемъ, такъ далеко, чтобы устранять всякое отклоненіе отъ своихъ предписаній со стороны

частнаго усмотрѣнія; таковы, напримѣръ, установленіе единаго срока найма для болѣе или менѣе значительной области права, строгая отвѣтственность содержателей гостинницъ и перевозчиковъ.

Даже тогда, когда предписанія права опираются на средніе итоги опыта, примѣненіе права въ отдѣльномъ случаѣ нельзя сводить къ волѣ сторонъ. Въ этомъ заключается различіе даннаго случая отъ такъ называемыхъ обыкновеній дѣловыхъ людей (§ 14 II).

3. Область частной автономіи при установленіи гражданскихъ правъ находитъ себѣ границы въ задачѣ правового порядка, клонящейся къ осуществленію интересовъ цѣлаго въ противоположность интересамъ отдѣльныхъ частей и къ охраненію нравственныхъ и хозяйственныхъ основъ совмѣстной жизни. Эта точка зрѣнія приводитъ къ тому, что въ публичномъ правѣ весь непосредственный порядокъ отношеній управляется существующими положеніями права[5]). Но даже въ гражданскомъ правѣ нѣтъ недостатка въ принудительныхъ предписаніяхъ права, не смотря на то, что здѣсь, за исключеніемъ области семейственнаго права, частный интересъ стоитъ на первомъ планѣ. И здѣсь соображенія нравственности, защита слабаго, обезпеченность оборота, короче — общее благо приводятъ къ установленію предписаній, примѣненіе которыхъ въ отдѣльномъ случаѣ не можетъ быть устранено частнымъ усмотрѣніемъ; таковы предписанія о правоспособности и дѣеспособности, о формѣ извѣстныхъ юридическихъ сдѣлокъ, объ условіяхъ пріобрѣтенія правъ, о даре-

---

[5]) Однако, имѣющаяся и здѣсь область частнаго усмотрѣнія нерѣдко игнорируется. Доказательство для гражд. процессуальнаго права приводитъ *Bülow*, Handb. I стр. 116.

ніи между супругами, о правѣ необходимаго наслѣдованія и мн. др.

Такимъ образомъ, уполномочивающему и пополняющему праву противостоитъ принуждающее или абсолютное право, чаще всего называемое въ источникахъ ius publicum [6]), иногда также — ius commune [7]).

Только къ пополняющимъ положеніямъ права относится юридическая поговорка: Willkür (Gedinge) bricht Recht (произволъ вытѣсняетъ право). Впрочемъ, не всегда легко распознать, принадлежитъ-ли данное положеніе права къ категоріи пополняющихъ или принуждающихъ [8]) положеній.

4. Противоположеніе нормъ права по степени ихъ обязательной силы разсматривалось до сихъ поръ лишь въ отношеніи къ частнымъ лицамъ. Подобное различіе существуетъ, однако, и въ отношеніи обязательной силы ихъ для судьи. Не всѣ положенія права предуказываютъ судьѣ абсолютныя руководящія правила; нѣкоторыя предоставляютъ примѣненіе права болѣе или менѣе свободному усмотрѣнію

---

[6]) L 38 de pact. 2, 14; Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. L 7 § 6 de donat. i. v. e. u. 24, 1 L 3 qui test. fac. 28, 1 L 1 § 9 de magistr. conv. 27, 8 L 15 § 1 ad leg. Falc. 35, 2 L 42 de oper. lib. 38, 1 L 45 § 1 R. I. 50, 17 C. 4 (3) i. f. de naut. foen. 4, 33.

[7]) L 7, § 16 depact. 2, 14. Въ томъ же смыслѣ въ L 49 § 2 de fide 46, 1 употребляется iuris forma, а въ L 12 § 1 de pact. dot. 23, 4 ius противополагается voluntas contrahentium.

[8]) L 1 § 10 de oper. nov. nunt. 39, 1 L 37 R.I 50, 17. Суды различно отвѣчаютъ на вопросъ, можетъ ли быть признано дѣйствительнымъ распоряженіе наслѣдователя о томъ, чтобы предоставленное имъ имущество оставалось закрытымъ для кредиторовъ того, кому оно оставлено. За это *Seuff.* XV 139 (Мюнхенъ) XXX 43 (Берлинъ). Противъ *Seuff.* III 86 (Любекъ) XL 213 (RG.), за утвердительный отвѣтъ также *Mühlenbruch*, Glücks Komm. XXXVII, стр. 447 *Seuff.* Pand. § 657 пр. 5.

его [9]). Но за этими уполномочивающими судью положеніями права лишь изрѣдка стоитъ пополняющее положеніе права, такъ какъ пользованіе полномочіемъ составляетъ для судьи, въ противоположность частному управомоченному лицу, не только право, но и обязанность.

д) Примѣненіе права.

§ 25.

1. Задача примѣненія права.

I. По идеальному воззрѣнію, всѣ жизненныя отношенія, стоящія вообще подъ господствомъ права (§ 5), получаютъ юридическій характеръ тотчасъ по своемъ возникновеніи. Тотчасъ же они охватываются предписаніями права, дѣйствующими въ это время и въ этомъ мѣстѣ, и регулируются ими. Когда дѣло доходитъ до спора, тогда судья изслѣдуетъ имѣющіяся налицо юридическія свойства отношенія и выражаетъ результатъ этого изслѣдованія въ приговорѣ, постановляетъ «рѣшеніе» [1]).

Въ изложенномъ воззрѣніи есть доля истины, но только доля, а не вся истина. Вѣрно то, что наши

---

[9]) *Bülow*, указ. соч., стр. 15 и слѣд. Число такихъ уполномочивающихъ положеній права въ области процесса и уголовнаго права больше, чѣмъ въ области гражданскаго права, гдѣ правомочія сторонъ играютъ болѣе значительную роль. Примѣръ изъ гражданскаго права представляютъ obligationes bonae fidei, судебный раздѣлъ общаго имущества.

[1]) Удачно выражено это воззрѣніе у *Göppert*, Iher. Jahrb. XXII, стр. 108 и слѣд. Подобное же у *Decken*, Das vorbestimmte Recht (1888), стр. 17, 30. Ср. также *Schlossmann*, Iher. Jahrb. XXVII, стр. 18 и сл.

внѣшнія жизненныя отношенія становятся правоотношеніями не съ того лишь момента, когда они дѣлаются предметомъ судебнаго рѣшенія, и не потому только, что они могутъ быть такимъ предметомъ. Отсюда становится понятнымъ, что правоотношенія, какъ общее правило, обсуждаются по тѣмъ нормамъ права, которыя имѣли силу во время ихъ возникновенія. Однако, указанное воззрѣніе упускаетъ изъ виду, что обобщающее и абстрактное предписаніе права можетъ предопредѣлить образъ индивидуальнаго жизненнаго отношенія лишь до извѣстной степени, что въ одномъ случаѣ больше, въ другомъ — меньше, это отношеніе остается предоставленнымъ распоряженію судьи, примѣняющему право (§ 9 II 3, § 17), и что норма закона намѣчаетъ иногда только слабые контуры подлежащихъ ея дѣйствію отношеній.

Но если бы это происходило даже въ болѣе широкихъ размѣрахъ, то задача судьи нисколько не стала-бы легче. Для того, чтобы распознать, что̀ должно быть признано правомъ, судья долженъ пройти тотъ же трудный путь, какой ему предстояло бы совершить и въ томъ случаѣ, если-бы онъ впервые на судѣ регулировалъ данное жизненное отношеніе на основаніи существующихъ предписаній права.

Передъ такой-же задачей стоитъ всякій, будетъ-ли это юристъ или простой гражданинъ, кто вздумаетъ въ своемъ или чужомъ интересѣ регулировать какое-нибудь отношеніе путемъ юридической сдѣлки, — такъ какъ и въ этихъ случаяхъ должны быть соблюдены границы, указанныя положительнымъ правомъ, и всѣ распоряженія должны быть сдѣ-

ланы такъ, чтобы желательныя юридическія послѣдствія наступили, а нежелательныя были устранены.

Между той распознающей и этой, можно сказать, нотаріальной дѣятельностью юриста стоитъ судебное разбирательство, имѣющее цѣлью разрѣшеніе, превращеніе существующихъ правоотношеній и приведеніе ихъ къ окончательному виду, какъ мы видимъ это, напр., въ процессахъ о раздѣлѣ, гдѣ судья производитъ разложеніе существующаго общенія въ имуществѣ, въ процессахъ о разводѣ, гдѣ онъ расторгаетъ неисцѣлимо больное отношеніе между супругами, въ восполненіи родительскаго согласія на бракъ и др. Здѣсь приговоръ создаетъ новую почву для права не только по практическимъ послѣдствіямъ, но и по своей цѣли.

II. Мы говоримъ о примѣненіи права при разрѣшеніи юридическаго спора. Чтобы удовлетворить здѣсь своей задачѣ, судья долженъ знать двѣ вещи: фактическую основу обсуждаемаго отношенія (factum) и положенія права, которымъ оно должно быть подчинено (ius).

Задачи судьи по отношенію къ тому и къ другому предмету его дѣятельности въ процессахъ о правахъ гражданскихъ — неодинаковы.

А. Фактическія основанія гражданскій судья не изслѣдуетъ ex officio. Дѣло сторонъ — представить судьѣ факты и доказать ихъ, насколько они не установлены и зависятъ отъ такихъ событій и состояній, непосредственное воспріятіе которыхъ недоступно для судьи. Такъ стоитъ дѣло, по крайней мѣрѣ, въ дѣйствующей нынѣ и издавна водворенной въ Германіи системѣ процесса, основанной на такъ называемомъ состязательномъ началѣ.

В. Напротивъ, знаніе положеній права требуется отъ судьи и предполагается за нимъ: iura novit curia. Судья въ отдѣльномъ случаѣ долженъ пріискать предписанія права, которыя должны быть примѣнены къ обсуждаемому имъ отношенію, и тутъ онъ вовсе не связанъ объясненіями сторонъ. Даже согласная ссылка сторонъ на невѣрное положеніе права или на невѣрное содержаніе положенія, которое само по себѣ было-бы подходящимъ, не связываетъ судью, развѣ только въ этой ссылкѣ выраженъ отказъ отъ юридическаго полномочія, принадлежащаго сторонѣ. Тутъ нѣтъ исключеній и для обычнаго права (§ 13 I).

Требованія, которыя предъявляются при этомъ къ судьѣ, значительны, и ими объясняется важность основательнаго юридическаго образованія для удовлетворительнаго веденія ввѣреннаго судьѣ дѣла. Однако, и требованіе юридическихъ знаній имѣетъ свои границы. По справедливости нельзя требовать отъ судьи и предполагать у него знанія иностраннаго и своего неписаннаго партикулярнаго права. Не смотря на это, по существу, его положеніе относительно этихъ источниковъ права то же самое, что и относительно непосредственно примѣняемыхъ имъ нормъ своего права. Онъ долженъ ex officio ознакомиться съ ними, но можетъ при этомъ потребовать себѣ содѣйствія сторонъ и возложить на нихъ доказательство иностраннаго положенія права, статута или партикулярнаго обычнаго права. Отъ этого примѣненіе права не ставится въ прямую зависимость отъ результата доказательствъ, представленныхъ сторонами; судья взвѣшиваетъ всякое и инымъ путемъ доходящее до него свѣдѣніе, и дока-

зательство права не обсуждается по правиламъ, имѣющимъ силу для доказательства фактовъ. Поэтому ссылка на то, что въ данномъ случаѣ слѣдуетъ примѣнить иностранное или статутное или партикулярное право, можетъ быть сдѣлана во всякомъ положеніи дѣла и во все теченіе процесса. Эта точка зрѣнія получила теперь внѣшнюю санкцію въ § 265 [2]) дѣйствующаго для всей Германіи процессуальнаго кодекса.

III. Три невидныхъ слова iura novit curia многозначительны по своему содержанію. Они выражаютъ ту мысль, что судья для того, чтобы положить въ основу своего приговора извѣстное положеніе, въ качествѣ рѣшающей нормы, долженъ знать, а въ случаѣ надобности, и удостовѣриться въ томъ:

1) что данное положеніе является дѣйствующимъ положеніемъ права;

2) что подлежащее разсмотрѣнію спорное отношеніе состоитъ подъ дѣйствіемъ этого положенія права [3]), и

3) каковъ смыслъ этого же положенія права.

Такимъ образомъ, судебное изслѣдованіе напра-

---

[2]) CPO. § 265: «Дѣйствующее въ другомъ государствѣ право, обычныя права и статуты нуждаются въ доказательствѣ лишь настолько, насколько они не извѣстны суду. При установленіи этихъ нормъ права судъ не ограниченъ доказательствами, приводимыми сторонами. Онъ можетъ воспользоваться и другими средствами для ознакомленія съ этими нормами и съ этой цѣлью издать необходимыя распоряженія». О примѣненіи иностраннаго права трактуютъ обстоятельно *Bar*, Das internat. Privat- und Strafrecht (1862) § 32, Theorie und Praxis des internat. Privatr. (2 изданіе перваго приведеннаго труда 1889 г.) I § 37—40 и въ Holtzendorff's Rechtsencyklop. 5 A, стр. 728; *Goldschmidt*, Handbuch § 38, пр. 13 и сл. Тамъ находятся указанія и на другую литературу и практику.

[3]) RGE. XXI Nr. 30 стр. 175.

вляется къ тремъ цѣлямъ: къ установленію наличности извѣстнаго положенія права, къ примѣненію его въ данномъ мѣстѣ и въ данное время и къ толкованію положенія права.

Въ виду связи третьяго пункта съ первымъ, они оба въ послѣдующемъ изложеніи будутъ предпосланы второму.

§ 26.

2. Установленіе наличности даннаго положенія права.

Всякое бытіе слагается изъ возникновенія и продолженія.

I. Условія дѣйствительнаго возникновенія законовъ и нормъ обычнаго права разобраны выше, при изслѣдованіи источниковъ права (§ 10, 12). Задача судьи — постановлять рѣшенія на основаніи *положеній права* — создаетъ для него право и обязанность изслѣдовать наличность этихъ условій при всякомъ примѣненіи рѣшающей нормы. Это относится какъ къ обычному праву, такъ и къ закону.

Особую важность это право изслѣдованія судьи имѣетъ, благодаря современному государственному устройству, по отношенію къ законамъ. Нѣкоторыя общія нормы требуютъ согласія народнаго представительства, другія его не требуютъ (законъ и распоряженіе); для многихъ законовъ установлены особыя условія возникновенія (конституціонные законы). Нѣкоторыя конституціи разрѣшаютъ правительству въ чрезвычайныхъ случаяхъ издавать односторонніе распоряженія, которыя при нормаль-

номъ порядкѣ обусловлены согласіемъ народнаго представительства; это — такъ называемыя Nothverordnungen (§ 10). Сюда же относятся теперь ограниченія мѣстнаго законодательства имперскимъ (§ 21). Что касается объема права изслѣдованія судьи, имѣющаго своимъ предметомъ дѣйствительность возникновенія и продолженія примѣняемыхъ имъ положеній права, то мнѣнія юристовъ по этому вопросу расходятся. Мы отдѣлимъ спорное отъ безспорнаго.

1. Безспорно или едва-ли можетъ быть спорно теперь, что

a) праву изслѣдованія со стороны судьи подлежатъ вопросы:

aa) держалось-ли мѣстное законодательство при изданіи извѣстнаго закона границъ, отведенныхъ ему имперскимъ законодательствомъ [1]);

bb) относится-ли приказъ, который выдается за распоряженіе, къ установленному закономъ кругу административныхъ распоряженій и, притомъ, тѣхъ административныхъ распоряженій, которыя предоставлены издавшему его органу (матеріальная дѣйствительность или закономѣрность распоряженія [2]);

cc) имѣется-ли налицо требуемая для законовъ и распоряженій публикація [3]);

b) не подлежитъ, напротивъ, изслѣдованію со стороны судьи въ случаѣ распоряженій, изданныхъ въ

---

[1]) *Gierke* въ Schmollers Jahrb. VII, стр. 1189; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung (1887) стр. 399 и сл.; *Brie*, Arch. für öffentl. R. IV, стр. 53.

[2]) *Laband*, Staatsrecht I, стр. 609 (1 A. II стр. 87); *Rosin*, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, стр. 189; *Brie*, указ. соч., стр. 52. RG. XXIV Nr. 1, стр. 3. Это право признается даже въ Австріи, гдѣ въ отношеніи законовъ права изслѣдованіе судьи не существуетъ. *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 133 и сл. Въ Пруссіи имѣется исключеніе для надлежащимъ образомъ объявляемыхъ

чрезвычайныхъ обстоятельствахъ (Nothverordnung), вопросъ о чрезвычайности этихъ обстоятельствъ [4]).

2. Спорно, имѣетъ-ли судья полномочіе задаваться вопросомъ о согласномъ съ конституціей или государственнымъ устройствомъ данной страны возникновеніи законовъ, надлежащимъ образомъ опубликованныхъ [5]).

Защитники отрицательнаго отвѣта на поставленный вопросъ указываютъ болѣе всего на связанныя съ такъ далеко заходящимъ правомъ повѣрки опасности для прочности и успѣшнаго дѣйствія законовъ. Но опытъ странъ, гдѣ такое право повѣрки признано, доказываетъ неосновательность подобныхъ опасеній.

Далѣе, они говорятъ, что согласное съ конституціей страны возникновеніе закона удостовѣряется

королевскихъ распоряженій»; право на изслѣдованіе ихъ юридической дѣйствительности принадлежитъ исключительно парламенту. Preuss. VU. Art. 106.

[4]) RGE. VIII, Nr. 1, стр. 3; *Brie*, указ. соч., стр. 52.

[5]) *Gneist*, Verhandl. des IV deutschen Jur. Tags I, стр. 230; *Planck* Iher. Jahrb. IX, стр. 361 и сл.

[5]) Прежнюю литературу указываетъ *Zachariae*, Deutsches Staats- und Bundesrecht 3 Aufl. (1867) II § 175, прим. 12; новѣйшую (до 1881 г.) литературу перечисляетъ *Ernst Meier* въ Holtzendorffs Rechtslexikon, Art. Prüfungsrecht. За самое недавнее время, главнымъ образомъ, выступили: a) *противниками* права повѣрки: *Laband*, Staatsrecht I, стр. 551 и слѣд. (II стр. 43 и сл.); *Jellinek*, указ. соч., стр. 401 и сл.; b) *защитниками: Gneist*, указ. соч., стр. 212 и сл., *Planck*, указ. соч., стр. 288 и сл.; *Gierke*, указ. соч., стр. 1186 и сл.; *E. Meier*, указ. соч.; *Brie*, указ. соч., стр. 51 и сл. Изъ судовъ высказались: a) противъ: Дармштадтскій, *Seuff.* IV, 250; Любекскій XXV, 199; b) за: Кассельскій, *Seuff.* IV, 250, Любекскій IV, 250, XXXII, 101, практика въ Баваріи (*Seuff.* IV 250; *Roth*, Bayr. Civilr. § 14. 1 Aufl. § 13), въ Саксоніи (*Seuff.* V, 225) и Вюртембергѣ (*Seuff.* V, 225; *Wächter*, Württ. PR. II, § 7). Ср. *Stobbe* § 26, прим. 9.

формально - неоспоримо и юридически - обязательно повелѣніемъ объ изготовленіи закона черезъ тотъ органъ, который призванъ къ его обнародованію. Но если конституція и можетъ вообще придать такое значеніе повелѣнію объ изготовленіи закона, то само собою это значеніе не можетъ быть признано за нимъ, и въ конституціонномъ актѣ германской имперіи (Reichs — VII) Art. 17 не признается.

Между тѣмъ, этотъ спорный вопросъ существенно теряетъ въ своемъ значеніи, когда и со стороны приверженцевъ широкаго права судьи на конституціонную повѣрку законовъ признается, что

a) удовлетворяющее формальнымъ условіямъ обнародованіе закона и, особенно, упоминаніе о согласіи на него народнаго представительства создаютъ предположеніе въ пользу конституціоннаго возникновенія закона, и это предположеніе, при отсутствіи противоположныхъ данныхъ, освобождаетъ судью отъ дальнѣйшаго изслѣдованія;

b) что не подлежатъ праву судебной повѣрки тѣ моменты процесса изготовленія законовъ, которые предоставлены закону по другимъ органамъ, напр.: повѣрка полномочій избранныхъ представителей, способность представительнаго собранія къ постановленію даннаго рѣшенія, существованіе большинства въ пользу этого рѣшенія (такъ наз. interna corporis) [6]) и т. д.

c) что постановленіе судьи о соотвѣтствіи закона требованіямъ конституціи имѣетъ обязательную силу

---

[6]) *Brie*, указ. соч., стр. 53 прим. 172, стр. 54 прим. 174 и стр. 58—61.

только для отдѣльнаго случая, по поводу котораго оно состоялось; въ Германіи нѣтъ ни одного судебнаго учрежденія, которое было-бы призвано разрѣшать эти вопросы въ общей формѣ [7]).

Право судебной повѣрки, согласно правильному взгляду, касается и того вопроса, возникъ-ли законъ, противорѣчащій такъ или иначе опредѣленіямъ государственной конституціи при условіяхъ, предписанныхъ для измѣненія этой конституціи [8]).

Отдѣльныя нѣмецкія конституціи (напр. прусская) отводятъ праву судебной повѣрки болѣе тѣсныя границы [9]). Имперское законодательство не содержитъ въ себѣ положительнаго ограниченія этого права.

II. Дѣйствіе разъ возникшаго положенія права въ настоящемъ обусловлено тѣмъ, что не наступило основанія для его отмѣны (§ 18). И на эту сторону дѣла судья долженъ обратить свое изслѣдованіе. При пестромъ составѣ источниковъ германскаго права и постоянномъ вторженіи имперскаго законодательства въ области общаго и партикулярнаго права, это изслѣдованіе представляетъ нѣкоторыя трудности [10].

---

[7]) Такъ же точно въ Сѣверной Америкѣ. *Rüttimann*, Das nordamerikanische Bundestaatsrecht I, стр. 344 и сл.

[8]) Доказательства у *Brie*, стр. 61 прим. 201; онъ самъ принадлежитъ къ приверженцамъ этого взгляда. Въ томъ же смыслѣ *Seuffert* XXXII 101 (Любекъ). Изъ противниковъ см. особенно *Laband*, указ. соч. I, стр. 558. RG. IX Nr. 62, стр. 235.

[9]) Preuss. VU. A. 106: «Законы и распоряженія обязательны, когда они сдѣланы извѣстными въ предписанной закономъ формѣ». Такъ же Oesterreich. Staatsgrundgesetz Art. 7. Ср. *Stobbe* § 26 прим. 10.

[10]) Ср. RGE. XVI Nr. 19, стр. 106 и слѣд. Извѣстенъ спорный вопросъ о дѣйствительности въ наше время по партикулярному праву расторженія брака въ силу распоряженія мѣстной верховной власти.

III. Съ большинствомъ положеній права мы знакомимся черезъ письменные акты. Здѣсь, прежде всего, нужно установить, что текстъ даннаго акта есть настоящій текстъ закона, подлинный въ цѣломъ и въ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ. Дѣятельность, направленная на установленіе подлинности текста закона, называется *критикой законовъ* [11]).

1. Уже въ отношеніи законовъ, изданныхъ въ недавнее время, когда самый документъ, въ которомъ объявленъ законъ, бываетъ еще доступенъ, — подлинность можетъ подвергаться сомнѣнію вслѣдствіе опечатокъ и редакціоннаго недосмотра.

a. Опечатка заключается въ отклоненіи опубликованнаго оттиска отъ санкціонированнаго текста закона [12]). Вина падаетъ тутъ на переписчика или наборщика. Опубликованный оттискъ не имѣетъ санкціи и потому не обязателенъ. Исправленіе его можетъ воспослѣдовать оффиціально черезъ органъ, которому ввѣрена публикація законовъ [13]), или также черезъ критику закона [14]).

b. Редакціонный недосмотръ касается болѣе ранней стадіи возникновенія закона, и вина за него падаетъ на факторы, участвующіе въ законодательствѣ: или они внесли въ текстъ закона нѣчто такое, что

---

[11]) *Savigny* I, стр. 241—252.

[12]) Примѣръ представляетъ военный уголовный уставъ § 141 Abs. 3: Festungsstrafe вмѣсто Freiheitsstrafe (заключеніе въ крѣпости, вмѣсто: лишеніе свободы). Ср. анонимную поправку въ Reichsgesetzblatt, 1872, стр. 288.

[13]) Для имперскихъ законовъ — имперскій канцлеръ. Всякое исправленіе должно имѣть подпись его или его замѣстителя. *Laband*, Staatsrecht I, стр. 563, прим. 2.

[14]) *Binding*, Handb. § 98 II; *Brie*, Arch. für öffentl. R. IV, стр. 23, прим. 64.

при здравомъ разсужденіи не было бы въ него внесено (положительный редакціонный недосмотръ) [15]), или они по ошибкѣ что-либо отбросили (отрицательный редакціоный недосмотръ) [16]). Въ отношеніи такихъ редакціоныхъ погрѣшностей не можетъ быть мѣста исправленію со стороны органовъ правительственной власти. Если здѣсь можно помочь дѣлу авторитетно, то это дѣлается только путемъ изданія новаго закона. Со стороны критики исправленіе возможно въ данномъ случаѣ лишь настолько, насколько оно вытекаетъ изъ самаго закона или изъ соображенія его съ другимъ закономъ. Не можетъ-же, въ самомъ дѣлѣ, ошибка писца, допущенная при редактированіи закона, оставаться такъ же неприкосновенной, какъ и самый законъ [17]).

2. Инымъ представляется объемъ критики — въ отношеніи законодательства Юстиніана [18]). Ни въ одной части его мы не имѣемъ первоначальной рукописи закона. Что флорентинскіе пандекты представляютъ таковую, — это давно признано басней. Ни по одной

---

[15]) Поразительно въ HGB. A. 653. Abs. 2— Liegezeit (время простоя) вмѣсто Liegegeld (простойныя деньги). О другомъ редакціонномъ недосмотрѣ, въ прусскомъ законѣ 5 мая 1892 г. объ учрежденіи поземельныхъ книгъ, ср. RGE. VII Nr. 71, стр. 250, XVIII Nr. 64, стр. 299.

[16]) Примѣръ въ военномъ угол. уставѣ, § 95 и къ нему анонимное исправленіе въ RGes. — Bl. 1873, стр. 138. *Binding* § 98, прим. 9.

[17]) Спорный вопросъ *Savigny* I, стр. 243; *Wächter*, Würt. PR. II, стр. 156; *Unger* I, § 18, проводятъ границы критики недостаточно отчетливо, *Binding* § 98 II — узко. Ср. также *Pfaff und Hofmann*, Komm. I, стр. 174. Называть ли эту дѣятельность критикой или толкованіемъ,— это безразлично.

[18]) Все еще заслуживаетъ вниманія *Spangenberg*, Einleitung in das Römisch - Iustinian. Rechtsbuch (1817), стр. 401 и сл., а также стр. 243—253. Удачный обзоръ у *Brinz* § 7, 8.

части этого законодательства у насъ нѣтъ опредѣленнаго текста, который былъ бы заимствованъ изъ одной или нѣсколькихъ рукописей и получилъ въ Германіи силу закона или обычая. Критика стоитъ поэтому въ отношеніи законодательства Юстиніана такъ же свободно, какъ и въ отношеніи всякаго другаго письменнаго памятника древности.

Она ищетъ разрѣшенія своей задачи:

а. путемъ тщательнаго изслѣдованія всего рукописнаго матеріала. Послѣдній не одинаково богатъ для разныхъ частей corpus juris civilis и ни для одной части не ограниченъ одной рукописью. Далѣе, и рукописи слѣдуетъ не только считать, но и взвѣшивать; отдѣльныя рукописи заслуживаютъ весьма различнаго довѣрія къ себѣ. На ряду съ ненамѣренными ошибками, напр. недосмотрами писцовъ, невѣрнымъ чтеніемъ сокращеній, мы находимъ въ рукописяхъ сознательныя измѣненія текста, сдѣланныя съ цѣлью исправленія воображаемыхъ неправильностей подлинника [19]).

Эту дѣятельность называютъ *дипломатической* или *низшей* критикой. Основныя начала этой критики рукописей не суть, собственно, юридическія и не подлежатъ поэтому нашему разсмотрѣнію. На высотѣ современнаго состоянія этой отрасли знанія стоятъ новѣйшія изданія дигестъ Т. Моммзеномъ,

---

[19]) Примѣръ: въ текстъ § 9. I. de nupt. 1, 10: Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris et sororis iungi possunt, нѣкоторые переписчики вставляли частичку non, исходя изъ того предположенія, что бракъ между дѣтьми братьевъ и сестеръ не имѣетъ силы. Это было правильно для ихъ времени, но только на основаніи каноническаго права. Отсюда ясно, что не всегда бываетъ хорошо, когда переписчикъ разсуждаетъ.

институцій и кодекса — Крюгеромъ, новелъ — Шеллемъ (насколько они до сихъ поръ появились) [20]).

b. Критика не должна останавливаться и передъ удостовѣренной рукописью, когда различныя чтенія ея переданы съ одинаковой достовѣрностью, — такъ какъ только одно изъ нихъ можетъ быть правильно. Напротивъ, критика имѣетъ право и обязанность выходить и за предѣлы того, что сообщаетъ рукопись, если внутреннія основанія говорятъ противъ правильности сообщеннаго. Тутъ начинается область высшей критики, которая пытается установить подлинный текстъ на основаніи законовъ рѣчи и мысли.

Она является какъ бы *выбирающей* критикой (wählende Kritik) при установленіи текста путемъ выбора между различными чтеніями, сообщенными съ равной достовѣрностью; идя по этому пути, она все-таки опирается на то, что передано ей прошлымъ [21]).

Такая же критика допускается, но съ большой осторожностью, и въ томъ случаѣ, когда текстъ устанавливается вопреки тому, что сообщается руко-

---

[20]) Весьма поучительны для критики текста вообще и для критики текста Юстиніановыхъ законодательныхъ работъ въ особенности предисловія *Моммзена* и *Крюгера* къ ихъ изданіямъ; сюда же — *Krüger*, Kritik des Iustinianischen Codex 1867, далѣе въ Z. f. RG. VIII, стр. 1 и сл., XI, стр. 166 и сл. и въ Krit. VI Schr. XX, стр. 597 и слѣд. Послѣдняя статья есть отвѣтъ на сужденіе *Zachariae* von Lingenthal'я объ изданіи кодекса, — въ Krit. VI Schr. XVI, стр. 221 и сл., XX, стр. 188 и сл.

[21]) Примѣръ L 57 mandati 17, 1: inutiliter и non inutiliter. Предложенное для этого же мѣста *Brinz*'емъ, § 178, прим. 61, измѣненіе detur въ denegetur подходитъ подъ понятіе конъектуральной критики, которая не находитъ себѣ въ данномъ случаѣ оправданія, такъ какъ одинаковый смыслъ получается и при удержаніи detur.

писью; это — такъ называемая конъектуральная критика. Здѣсь близко искушеніе — относить субъективныя трудности толкованія на счетъ порчи текста и замѣнять дѣйствительный текстъ воображаемымъ. Во всякомъ случаѣ: abusus non tollit usum. Вѣрными остаются слова Савиньи: «Правила даютъ немного при критикѣ этого рода; главное тутъ заключается въ критическомъ взглядѣ, выработанномъ тщательнымъ изученіемъ источниковъ, и въ осторожномъ, малодовѣряющемъ себѣ чувствѣ правды [22]).

3. Толкованіе положеній права*).

§ 27.

а) Сущность толкованія. Научное толкованіе и легальная интерпретація.

I. Текстъ закона есть законъ въ его внѣшнемъ, чувственномъ проявленіи. Онъ служитъ тѣломъ для духовнаго содержанія, оболочкой, покрывающей практическое предписаніе права. Духовное содержаніе называютъ смысломъ закона (mens, sententia,

---

[22]) Примѣры допустимаго измѣненія: L 65 de procur. 3, 3; absentem въ absens, L 41 i. f. de minor. 4, 4: venditor въ emtor, L 94 pr. de condic. et dem. 35, 1: si cum cesserit dies въ si decesserit Titius, L 4, § 19, de usurp. 41, 3: Si consumpti sint въ si non summisit (*Ihering* въ своемъ Iahrb. XII, стр. 314 и сл.), L 1 § 6 de superfic. 43, 18: petitori въ creditori. *Fuchs*, Krit. Studien zum Pandectentext (1867); *Huschke*, Zur Pandektenkritik (1875). Сомнительное примѣненіе высшей критики мы находимъ у *Ажапп*, Die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik geprüft au der sog. lex Gallus (1878); объ этомъ *Brinz*, Krit. VIShr. XX, стр. 177 и сл.

*) Не много главъ найдется въ ученіи о правѣ, гдѣ теорія такъ далеко отставала-бы отъ практики, знаніе — отъ умѣнья,

vis ac potestas legis), что̀ едва-ли можно считать правильнымъ въ виду отсутствія мыслящаго субъекта, предполагаемаго этимъ названіемъ. Смыслъ закона долженъ только сознаваться каждымъ, кто желаетъ жить по закону, производить судъ на основаніи закона, или излагать то, что есть право. Дѣятельность, направленная на объясненіе смысла закона, и есть *толкованіе* закона, interpretatio legis.

II. Толкованіе закона имѣетъ своей исходной точкой опредѣленное предписаніе. Область ея поэтому гораздо ограниченнѣе, чѣмъ отысканіе для извѣстнаго жизненнаго отношенія опредѣленной

какъ въ ученіи о толкованіи. Въ этомъ случаѣ толкованіе раздѣляетъ судьбу человѣческой рѣчи: многіе люди говорятъ правильно, не имѣя сознанія о законахъ языка. Трудности теоріи лежатъ здѣсь въ матеріалѣ, въ безграничности вспомогательныхъ средствъ, въ разнообразіи примѣненія. И въ прежнее и въ новѣйшее время не было недостатка въ попыткахъ придать руководящимъ тутъ точкамъ зрѣнія характеръ научныхъ положеній. Изъ нихъ составилась даже особая отрасль ученія о правѣ, *юридическая герменевтика.* Теперь она «потеряла кредитъ», не безъ вины съ своей стороны. Сравнительно немного страдала она отъ неопредѣленности своихъ границъ, въ предѣлы которыхъ попадала обыкновенно критика законовъ, иногда даже и толкованіе юридическихъ сдѣлокъ, при чемъ одни ограничивались толкованіемъ законодательства Юстиніана, другіе ставили свою задачу шире. Гораздо болѣе вреда юридической герменевтикѣ сдѣлалъ безжизненный, шаблонный способъ ея отношенія къ матеріалу. Картину прежняго состоянія ученія даетъ *Glück* I, § 29—37, 70—81. Большой шагъ впередъ дѣлаетъ одновременная обработка этого ученія у *Kierulff*, стр. 18—41 и *Savigny* § 12—37. Изъ болѣе ранняго времени имѣетъ еще значеніе: *Thibaut*, Theorie der logischen Auslegung 1799, 2 Aufl. 1806. Изъ позднѣйшей литературы: *Wächter*, Würt. PR. II § 23—26: Thöl § 58 до 63, 66, который, однако, совершенно обходитъ историческій элементъ; *A. Merkel* въ Holtzendorff's Strafrecht II, стр. 65 и сл., IV, стр. 73 и сл. *Pfaff und Hofmann*, Komm. I, стр. 166—189; *Wach*, Handb. § 20—22; *Binding*, Handb. § 95—100; *Kohler*, Grünhuts Z. XIII, стр. 1—61.

юридической нормы изъ всего матеріала положительнаго права (Rechtsfindung). Въ послѣднемъ случаѣ мы будемъ имѣть interpretatio iuris (а не legis), обнимающую собою и аналогію. Римляне употребляли слово interpretatio и для этого болѣе широкаго понятія [1]). Но новѣйшая терминологія, хотя и не установлена вполнѣ прочно, все-же ограничиваетъ толкованіе, главнымъ образомъ, содержаніемъ опредѣленнаго положенія права. Подведеніе аналогіи подъ толкованіе основывается болѣе всего на недостаточномъ пониманіи существа какъ аналогіи, такъ и толкованія.

III. Часто приходится слышать: только не ясные, двусмысленные законы нуждаются въ толкованіи [2]). Это невѣрно и покоится на смѣшеніи толкованія съ трудностью его задачи. И ясный текстъ закона является, прежде всего, мертвой буквой, примѣненіе которой обусловлено тѣмъ, что примѣняющій усвоиваетъ своимъ сознаніемъ ея смыслъ. Обыкновенно приведеннымъ выше утвержденіемъ хотятъ выразить лишь ту мысль, что ясный текстъ намѣчаетъ толкованію твердый путь, отъ котораго нельзя уклониться, что въ законъ не слѣдуетъ вводить ничего такого, чего не заключалось-бы въ его точномъ смыслѣ [3]). Но и это вѣрно лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ.

---

[1]) Все развитіе и преобразованіе римскаго права черезъ iuris periti называлось interpretatio. Pomp. L 2 § 5, 12 de orig. iur. 1, 2. L 13 de legib. 1, 3. C. 1 de legib. 1, 14; *Savigny* I § 36, N. f. a. E § 47; *Puhta* Ist. § 78; *Jhering*, Geist II § 44 прим. 638, 639.

[2]) Даже *Brinz* § 28 RGE. IV Nr. 37 стр. 130.

[3]) Такъ думалъ еще Cicero, de invent. II, 44: pro Murena, cap. 12. Озабочиваемые тѣмъ, чтобы толкованіе не искажало смысла закона и не подрывало этимъ прочности права, законодатели прежняго и новаго времени пытались нерѣдко ограничить судей въ правѣ толкованія и предоставляли себѣ разрѣшеніе сомнительныхъ случаевъ. Такъ Юстиніанъ C. 2, § 21 de iure vet. enucl.

IV. Обыкновенно говорятъ о толкованіи законовъ, но не обычнаго права. Это имѣетъ слѣдующее основаніе. Сомнѣніе въ смыслѣ положенія обычнаго права возникаетъ рѣдко, такъ какъ мы наблюдаемъ эти положенія только въ ихъ примѣненіи къ отношеніямъ жизни, тогда какъ законъ говоритъ намъ абстрактными формулами. Затрудненіе относительно обычнаго права лежитъ только въ вопросѣ, окрѣпло-ли извѣстное обыкновеніе до степени права.

V. Неясности содержанія закона приходитъ на помощь иногда новое положеніе права, которое опредѣляетъ, въ какомъ смыслѣ нужно понимать прежнее положеніе права. И это объясненіе закона, снабженное внѣшне-обязательной силой, называется толкованіемъ или интерпретаціей и отличается прилагательнымъ „*легальное*“ отъ установленія смысла закона при помощи научныхъ средствъ толкованія; это послѣднее называется доктринальнымъ — научнымъ толкованіемъ. Тамъ, гдѣ обязательное толкованіе устанавливается путемъ практики судовъ, принято говорить объ *узуальной* интерпретаціи [4]), а тамъ, гдѣ оно покоится на законодательномъ актѣ, — объ автентической интепретаціи [5]).

Но говорить въ этихъ послѣднихъ случаяхъ объ

1, 17 (*Savigny* § 47, 48), Папа Пій IV—для рѣшеній Тридентскаго собора (*Hübler*, Kirchliche Rechtsquellen, стр. 41), das preussische Landrecht Publ.-Pat. Art. XVIII и Einleit. § 46 и слѣд., а также Anhang § 2. Подобное же происходило и въ Австріи и во Франціи. *Unger* I, стр. 95. Ср. далѣе *Stobbe* § 26 прим. 3. Природу вещей не можетъ нарушить и законодатель.

[4]) L 37 de legib. 1, 3: optima est legum interprest consuetudo. L 23 cod. Seuff. XVII 113, XVIII 203, XXIII 224.

[5]) L 27 pr. de usur. 4, 32. C. 11 de natur. lib. 5, 27, Nov. 12 c. 4 Nov. 19, 143.

интерпретаціи значитъ освящать ложную въ своей основѣ терминологію, которая, однако же, вкоренилась. Она должна быть признана ложной, такъ какъ новое положеніе права черпаетъ свою обязательную силу вовсе не изъ матеріальнаго согласія со смысломъ прежняго положенія. Да и кто призванъ судить объ этомъ? [6]). Новое положеніе права стоитъ совершенно самостоятельно и дѣйствуетъ даже тогда, когда оно совсѣмъ не имѣетъ смысла прежняго положенія и вводитъ матеріально новую норму. Поясненія прежняго положенія не играютъ здѣсь роли, за исключеніемъ одного пункта, о которомъ рѣчь будетъ ниже (§ 39 III, С. 2). Поэтому автентическая интерпретація можетъ исходить лишь отъ того органа, который можетъ издавать законы, и только въ формахъ, которыя предписаны для изданія законовъ [7]). Короче говоря: то, что называютъ легальной интерпретаціей, есть установленіе новаго положенія права съ такъ называемой обратной силой (§ 31 II, С. 2).

Такимъ образомъ, легальная интерпретація отмѣ-

---

[6]) По мнѣнію *Göppert*, Iher. Jahrb. XXII, стр. 193, *изслѣдованіе* этого вопроса принадлежитъ судьѣ, который, смотря по результату этого изслѣдованія, или примѣняетъ автентическое толкованіе, вмѣстѣ съ его обратнымъ дѣйствіемъ, или отвергаетъ его. *Göppert* забываетъ, что законодатель можетъ придать положеніямъ права такъ называемое обратное дѣйствіе, что въ случаѣ сомнѣнія и принимается относительно автентической интерпретаціи. Ср. пр. 9.

[7]) *Eisele*, Civ. Arch. LXIX, стр. 303, заходитъ далеко, утверждая, что законодатель, когда онъ вступаетъ въ автентическое толкованіе, предпринимаетъ нѣчто такое, что не входитъ въ его функціи. Какъ отрицать потребность въ возможно быстромъ устраненіи сомнѣній, вызываемыхъ содержаніемъ того или другаго положенія права? Власть такого рода принадлежитъ только законодателю.

няетъ для практическаго и дѣйствующаго права научное толкованіе прежняго положенія права во всѣхъ тѣхъ пунктахъ, въ которыхъ это послѣднее получило легальное поясненіе. Сама же легальная интерпретація дѣлается опять предметомъ научнаго толкованія. Это послѣднее разрѣшаетъ даже вопросъ, можно-ли тому или другому положенію права придать характеръ легальной интерпретаціи, когда это не выражено прямо въ законѣ [8]). Не всѣ положенія права, разрѣшающія вопросы, бывшіе спорными по прежнему праву, могутъ быть признаны автентической интерпретаціей [9]).

VI. Цѣль толкованія — раскрыть содержаніе закона. Но что значитъ вообще содержаніе закона? Отвѣтъ на этотъ вопросъ можетъ быть полученъ только изъ существа закона.

Законъ есть сознательный актъ творчества; онъ является обдуманнымъ произведеніемъ законодателя. Обдуманно законодатель принимаетъ рѣшеніе, которое въ будущемъ должно дѣйствовать въ качествѣ нормы, обдуманно выбираетъ онъ и слова, чтобы ясно выразить свою мысль. Какъ для всякаго говорящаго и пишущаго, такъ и для него, слова служатъ лишь средствомъ для выраженія его мысли и воспроизведенія той же мысли въ слушателѣ или читателѣ.

---

[8]) RGE. I Nr. 130, стр. 365.

[9]) Ошибочно различаетъ *Göppert*, Iher. Jahrb. XXIII, стр. 192 и сл., въ предѣлахъ автентической интерпретаціи (обязательное) повелѣніе, что на будущее время то-то должно быть правомъ, и (необязательное) объявленіе, что то же самое содержится уже въ прежнемъ положеніи права. Законодатель никогда не высказываетъ простаго убѣжденія о правѣ и никогда не даетъ простыхъ наставленій, а только повелѣваетъ. Dernburg I, § 37 прим. 6; *Degenkolb*, Civ. Arch. LXXI, стр. 196 прим. 40.

Отсюда слѣдуетъ, что законъ есть выраженіе воли законодателя; содержаніе закона — это то, чего хочетъ распознаваемымъ для насъ образомъ законодатель, — воля законодателя.

Этотъ взглядъ въ новѣйшее время горячо оспаривается [10]). Ближайшее обсужденіе приведетъ, можетъ быть, къ соглашенію.

1. Содержаніе закона представляетъ собою не какъ-бы то ни было существующую, гдѣ-то обна-

---

[10]) Мнѣніе, что содержаніе закона совершенно не зависитъ отъ воли законодателя, выражаютъ *Schaffrath*, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze (1842), *Thöl, Binding, Wach, Kohler* въ указ. соч. Умѣреннѣе *A. Merkel*, указ. соч. Главныя основанія этого мнѣнія таковы: a) Хотя законодатель и творитъ содержаніе закона, но это содержаніе не имѣетъ ничего общаго съ мыслью и волею законодателя. «Законъ мыслитъ и хочетъ то, что беретъ изъ него разумно толкующій его народный духъ (?)» (*Binding*). Нужно обратить вниманіе, что изъ всѣхъ писателей, оперирующихъ «волей закона», только одинъ *Kohler*, указ. соч., стр. 1 и слѣд., чувствуетъ потребность высказаться о сущности воли закона; b) законъ оторванъ отъ законодателя. Это вѣрно, но законодатель отрываетъ отъ себя законъ, наполняя его своимъ духовнымъ содержаніемъ. Или законы, въ противоположность другимъ выраженіямъ воли, должны быть только пустымъ сосудомъ, въ который толкователь вливаетъ то, что ему кажется разумнымъ? c) Иногда законодатель можетъ санкціонировать законъ безъ всякой мысли. Возможность этого надо допустить. Но кто возводитъ это исключеніе на степень рѣшающей точки зрѣнія при толкованіи человѣческихъ дѣйствій, тотъ подкапывается подъ всякій обмѣнъ мыслей и, въ особенности, юридическій оборотъ. d) Во многихъ случаяхъ невозможно установить смыслъ, который законодатель соединялъ со словами закона. Несомнѣнно такъ, но это относится и ко всѣмъ другимъ выраженіямъ воли. Римскіе юристы говорятъ то о voluntas, mens, sententia *legis*, Sci, edicti, constitutionis, то о voluntas, mens, sententia *legislatoris*, senatus, praetoris, очевидно, не сознавая различія выраженій. Ср. тщательное сопоставленіе у *Kohler*, указ. соч., прим. 2. Впрочемъ, въ этомъ вопросѣ даже единодушіе источниковъ не могло бы имѣть рѣшающаго значенія.

руженную, а только такую волю законодателя, которая получила выраженіе въ формѣ, соотвѣтствующей данному государственному устройству (конституціи).

2. Всякое человѣческое дѣйствіе можетъ вызвать такія послѣдствія, которыя вовсе не представлялись дѣйствующему лицу. Какъ явленіе внѣшняго міра, это дѣйствіе вступаетъ въ связь съ другими явленіями міра и приводитъ въ движеніе силы, которыя не принимались ранѣе въ расчетъ. И законъ не стоитъ, такъ сказать, въ безвоздушномъ пространствѣ. Онъ имѣетъ назначеніемъ опредѣлять практическую жизнь и притомъ, не какъ явленіе, существующее для себя, но какъ звено всего права, находящагося въ дѣйствіи. Согласно этому, представляется возможнымъ такое содержаніе закона, которое при его изданіи не было ясно самому законодателю; по крайней мѣрѣ, во многихъ случаяхъ этотъ вопросъ можетъ возбуждать сомнѣніе. Такимъ образомъ, законъ можетъ имѣть содержаніе, не покрываемое тѣмъ конкретнымъ представленіемъ законодателя, которое можетъ быть обнаружено. Когда утверждаютъ, что содержаніе закона есть воля законодателя, то при этомъ понимаютъ такую волю, которая обнимаетъ и не имѣвшееся въ представленіи законодателя содержаніе.

3. Значеніе воли законодателя для содержанія закона дѣлается тѣмъ меньше, чѣмъ больше дѣйствіе закона удалено отъ его возникновенія. Измѣняющіяся юридическія воззрѣнія овладѣваютъ позднѣйшимъ толкователемъ и безсознательно приводятъ къ пному пониманію смысла закона. Времени платитъ свою дань даже властное слово законодателя.

Въ практическомъ примѣненіи, конечно, все сводится къ тому: кто законодатель? Возможно-ли, напримѣръ, въ виду существующаго теперь сложнаго законодательнаго механизма, говорить о волѣ законодателя? При осторожномъ разрѣшеніи этихъ вопросовъ защищаемая здѣсь точка зрѣнія, въ результатѣ, не далека отъ несогласнаго съ дѣйствительностью взгляда, который исходитъ изъ полнаго отрицанія законодательной воли.

§ 28.

b. Вспомогательныя средства научнаго толкованія.

Къ толкованію примѣняется то же, что и къ политикѣ. Оно, — вмѣстѣ, и искусство и наука, и знаніе не предполагаетъ еще умѣнья. Практика дѣлаетъ мастера, — заботливое изученіе хорошихъ образцовъ способствуетъ умѣнью больше, чѣмъ знаніе научныхъ правилъ. Кромѣ того, наука не въ состояніи указать всѣ пункты, на которые въ отдѣльномъ случаѣ должно быть направлено вниманіе, и исчерпать всѣ средства, которыми можно было бы воспользоваться при толкованіи. Но несовершенство ученія о толкованіи не дѣлаетъ его еще безполезнымъ: оно выравниваетъ путь для умѣнья. Геній достигнетъ цѣли и помимо него, но средній человѣкъ безъ него не обойдется.

Ученіе о толкованіи страдаетъ, однако же, не только неполнотою, но даетъ еще ложную картину отношенія его отдѣльныхъ вспомогательныхъ средствъ

другъ къ другу. Оно разлагаетъ то, что на дѣлѣ выступаетъ въ соединеніи, и изображаетъ въ послѣдовательномъ порядкѣ то, что въ дѣйствительности должно быть схвачено вмѣстѣ.

Это двойное несовершенство ученія о толкованіи не слѣдуетъ терять изъ виду какъ при оцѣнкѣ, такъ и при примѣненіи правилъ толкованія.

I. Законъ обнаруживается въ словѣ. Поэтому слово есть отправный пунктъ всякаго толкованія закона. Значеніе, которое обыкновенно, связывается со словомъ, взятымъ отдѣльно или въ извѣстномъ сочетаніи, называютъ словоупотребленіемъ. Это словоупотребленіе подчиняется опредѣленнымъ правиламъ, изслѣдованіе и изложеніе которыхъ составляетъ задачу филологіи. Слѣдовательно, толкованіе закона, прежде всего, имѣетъ установить значеніе словъ закона по правиламъ филологіи. Это и будетъ то, что обыкновенно называется *грамматической*, *словесной*, *филологической* интерпретаціей [1]).

Словоупотребленіе различается по времени, странѣ и профессіональнымъ кругамъ; существуетъ даже индивидуальное словоупотребленіе. Филологическое значеніе словъ закона опредѣляется тѣмъ словоупотребленіемъ, которому слѣдуетъ законодатель [2]). Рѣшающее значеніе можетъ получить и индивидуальное словоупотребленіе законодателя [3]), если только

---

[1]) Названіе нѣкоторыми оспаривается. Но такъ ли это важно, чтобы отступаться отъ техническаго термина, получившаго право гражданства? *Binding*, I § 97 говоритъ о «раскрытіи предполагаемой юридической мысли и правовой воли изъ ея выраженія»; *Kohler*, указ. соч. стр. 23, о «грамматическомъ разграниченіи возможнаго содержанія закона».

[2]) RGE. XXIV Nr. 59 стр. 297.

то, что онъ желалъ выразить своими словами, можетъ заключаться въ нихъ по общему словоупотребленію, хотя бы это послѣднее и не связывало съ ними обыкновенно такого смысла [4]).

Въ этомъ видѣ грамматическое толкованіе законовъ представляется, какъ будто, филологической дѣятельностью. Но въ дѣйствительности это не такъ. Существуетъ особое *юридическое* словоупотребленіе, и въ случаяхъ сомнѣнія слѣдуетъ исходить изъ того предположенія, что законодатель пользуется этимъ именно словоупотребленіемъ. Юристъ соединяетъ съ владѣніемъ, свойствомъ, завѣщаніемъ и наслѣдованіемъ, съ тюрьмою и арестомъ, съ убійствомъ и лишеніемъ жизни и т. д. — иныя понятія, чѣмъ тѣ, какія приняты въ народномъ словоупотребленіи; vis major, случай, промедленіе и др. имѣютъ значеніе особыхъ понятій, выработанныхъ исторіей права [5]).

II. Объясненіе словъ даетъ лишь рамки, внутри которыхъ заключено содержаніе закона, или, другими словами, оно даетъ лишь *возможное* содержаніе.

---

[3]) Словоупотребленіе есть соблюденіе правилъ рѣчи. Поэтому есть различіе между индивидуальнымъ словоупотребленіемъ и ошибкой въ выраженіи. При толкованіи corpus iuris civilis мы принимаемъ въ соображеніе слогъ отдѣльнаго юриста или императора. Въ баварскомъ законѣ о гипотекѣ 1822 г. вещный искъ о гипотекѣ часто называется требованіемъ.

[4]) На это ограниченіе указываетъ Celsus L 7 § 2 de suppell. leg 33, 10: non est opinionibus singulorum sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Юристъ, правда, говоритъ о толкованіи юридическихъ сдѣлокъ, но одностороннихъ; поэтому примѣненіе устанавливаемаго имъ положенія къ толкованію закона не подлежитъ сомнѣнію.

[5]) *Binding* I § 98 Ш. Титулы de verborum significatione въ дигестахъ и кодексѣ стараются установить до извѣстной степени словоупотребленіе источниковъ.

Дѣйствительное содержаніе должно быть еще выяснено. Это выступаетъ наглядно въ тѣхъ нерѣдкихъ случаяхъ, гдѣ текстъ закона по существующему словоупотребленію можетъ имѣть нѣсколько значеній, изъ которыхъ только одно составляетъ волю законодателя. Сюда подойдутъ, напримѣръ, такія выраженія, какъ: actio, possessio, bonae fidei possessio, familia, bona, законъ (§ 10 прим. 1), обычай (§ 14 I), дѣти (непосредственное или также посредственное потомство?), имущество (валовое, чистое, активное, пассивное?). Нужно сказать больше: законодатель всегда можетъ употребить неподходящее, неясное выраженіе. Наконецъ, возможно и то, что выраженіе будетъ совершенно ошибочно.

Такимъ образомъ, объясненіе словъ образуетъ лишь одну ступень въ движеніи къ цѣли толкованія — его «начало» [6]). Успокоеніе на результатѣ этого начальнаго толкованія въ виду того только, что оно не противно человѣческому смыслу, было бы чрезвычайно опасно. Не нарушаетъ точнаго текста закона [7]) и тотъ, кто толкуетъ его въ обходъ закона, in fraudem legis.

То направленіе толкованія, которое стремится выяснить смыслъ закона изъ другихъ основаній, чѣмъ законы языка и рѣчи, принято съ давнихъ поръ называть *логическимъ* толкованіемъ. Это названіе нерѣдко подвергалось критикѣ, и не безъ основанія, такъ какъ оно не достаточно отчетливо выра-

---

[6]) *Wächter*, Württ. PR. II стр. 134. Въ томъ же смыслѣ выражается *Binding* I стр. 458.

[7]) Такъ уже римскіе юристы, прежде всего, Celsus L 17 de legib. 1, 3: Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem. Paul. L 19 ad exhib. 10, 4. Mod. L 13 § 2 de excus. 27, 1. Ulp. L 1 § 11 de inspic. ventre 25, 4. L 6 § 1 VB. 50, 16.

жаетъ противоположеніе этого вида толкованія съ граматическимъ: послѣднее также не можетъ совершаться безъ логики. Однако, то, что до сихъ поръ предлагалось въ замѣну этого выраженія, заслуживаетъ еще менѣе одобренія [8]). Такимъ образомъ, приходится мириться со старымъ терминомъ. Вспомогательными средствами логическаго толкованія служатъ общія формы мышленія [9]). Особеннаго упоминанія заслуживаютъ слѣдующіе пункты.

1. Отдѣльныя положенія права связаны между собою и являются членами болѣе крупнаго цѣлаго. Они производятъ извѣстный эффектъ въ соединеніи съ другими положеніями, и только въ этомъ соединеніи получаютъ свое истинное освѣщеніе. То, что кажется общимъ, оказывается ограниченнымъ, будучи взято въ связи съ остальнымъ, ограниченное — общимъ [10]).

Поэтому толкующій законъ долженъ спросить себя: какое значеніе имѣетъ онъ въ цѣломъ [11]) и въ какомъ онъ стоитъ отношеніи къ другимъ законамъ

---

[8]) *Thöl* § 59 говоритъ о научно-юридическомъ, *Kohler*, указ. соч. стр. 35 о телеологическомъ толкованіи.

[9]) Случаи примѣненія: въ бо́льшемъ содержится меньшее, L 1 § 4 de superf. 43, 18 L 21, 26, 163 R. I. 50, 17; — въ запрещеніи цѣли — запрещеніе средства, L 16 de sponsal. 23, 1; то̀, что́ введено на пользу извѣстнымъ лицамъ, не должно подвергаться такому толкованію, которое вело бы къ ихъ ущербу, L 25 de legib. 1, 3. C. 6 de legib. 1, 14; — недобросовѣстный владѣлецъ не можетъ трактоваться благопріятнѣе добросовѣстнаго, L 36 § 3 H. P. 5, 3; — невнимательный — лучше совершенно невиннаго, RGE. I Nr. 93 стр. 257; — argumentum ad absurdum, L 51 § 2 ad leg. Aq. 9, 2; — argumentum a contrario (§ 37 III 3).

[10]) Классическое изреченіе Celsus'a L 24 de legib. 1, 3: Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.

[11]) Примѣръ RGE. XXIV Nr. 23, стр. 128.

и ко всему остальному праву. При этомъ дѣло идетъ не о простомъ сравненіи отдѣльныхъ опредѣленій закона, а о томъ, напротивъ, чтобы охватить сознаніемъ духъ и единство даннаго закона или цѣлаго юридическаго института [12]), а часто даже — нравственную и соціальную задачу всего права.

Это и есть то, что называютъ издавна систематическимъ элементомъ толкованія. Безъ него нельзя обойтись при толкованіи сборниковъ Юстиніана — вслѣдствіе ихъ особаго состава. Тутъ получались бы иногда странные выводы, если бы каждое положеніе разсматривалось такъ, какъ бы оно существовало само для себя и независимо отъ другихъ положеній [13]). Иногда одинъ и тотъ же текстъ въ неодинаковыхъ фактическихъ условіяхъ получаетъ совершенно различное значеніе. На этомъ основана, такъ называемая, duplex interpretatio [14]).

2. Такъ какъ всякій законъ разсчитанъ на дѣйствіе въ практической жизни, то толкователь долженъ представить себѣ ясно тѣ фактическія отношенія, которыя законъ хотѣлъ оформить и регулировать. Для этого нужны наблюдательность по отношенію къ экономическимъ и соціальнымъ со-

---

[12]) Общая цѣль торговаго уложенія, RGE. I Nr. 28 стр. 44, — вексельнаго устава, RGE. II Nr. 26 стр. 99, — имперскаго закона о ростѣ процентовъ RGE. IV Nr. 12 стр. 52, — закона объ устройствѣ почты и почтоваго устава; RGE. XIX Nr. 20 стр. 105.

[13]) Примѣры мы имѣемъ въ L 98 pr. L 140 § 2 V. O. 45, 1; противоположное говорится въ L 85 § 1 R. J. 50, 17. Другой примѣръ въ L 6 § 1 de transact. ср. съ L 1 § 1 testam. quemadm. 29, 3.

[14]) L 11 § 1 de publ. in rem act. 6, 2 говорила устами Ульпіана о формальномъ порокѣ установленія собственности, а въ компиляціи Юстиніана это же рѣшеніе надо понимать въ смыслѣ указанія на матеріальный порокъ. *Kohler*, указ. соч. стр. 58. Ко всему — *Savigny* I § 41.

стояніямъ, а иногда пониманіе всѣхъ деталей какой-нибудь технической отрасли знанія, какъ это необходимо, напримѣръ, при толкованіи законовъ о патентахъ, о страхованіи, о гербовомъ сборѣ, о биржѣ, о таможенныхъ пошлинахъ и т. д. Изслѣдованіе такого рода покажетъ, какое регулированіе требуется внутренней цѣлью даннаго правоотношенія и на что слѣдуетъ обратить особое вниманіе, — такъ какъ законъ долженъ быть въ согласіи съ этимъ требованіемъ.

3. Всякій законъ долженъ имѣть въ виду достиженіе какого-нибудь результата: предотвращеніе поспѣшности при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ, защиту отъ убыточныхъ обязательствъ дѣтей или женщинъ, поднятіе реальнаго кредита, противодѣйствіе опаснымъ стремленіямъ и т. д. Этотъ практическій результатъ составляетъ *цѣль* закона, ratio legis, называемую также основаніемъ закона, такъ какъ намѣреніе осуществить этотъ результатъ вызываетъ законъ къ жизни[13]). Законъ относится къ ratio legis, какъ средство къ цѣли. На первый взглядъ кажется, что цѣль закона есть самый вѣрный проводникъ къ содержанію закона, такъ какъ желая цѣли, нельзя не желать необходимыхъ для ея достиженія средствъ. Тѣмъ не менѣе, это не такъ. Прежде всего, нерѣдко существуетъ много путей, которые ведутъ къ одной и той же цѣли. Къ этому присоединяется еще то, что законодатель можетъ ошибаться въ средствахъ. Наконецъ, цѣль не всегда можетъ быть установлена съ увѣренностью, и тогда

---

[13]) Отъ этого отличается особый историческій поводъ къ созданію закона (occasio legis). Примѣры: L 1 § 5 de postul. 3, 1, L 1 pr. ad Sc. Mac. 14, 6. Подобный ближайшій поводъ къ изданію закона не допускаетъ никакого заключенія къ содержанію закона.

выводъ, сдѣланный изъ цѣли закона, будетъ сомнителенъ[16]). Эти соображенія значительно роняютъ цѣну, которую имѣетъ цѣль закона, въ качествѣ вспомогательнаго средства для толкованія, и вынуждаютъ къ большой осторожности при оперированіи этой цѣлью[17]).

4. Многія положенія права являются только выводами изъ болѣе общаго принципа, ratio iuris. Владѣя принципомъ, мы можемъ опредѣлить содержаніе положенія права путемъ логическаго вывода. Но получить принципъ бываетъ часто дѣломъ, связаннымъ съ большими трудностями. Нерѣдко за принципъ принимается ошибочно простое правило[18]). Особенно при толкованіи источниковъ римскаго права слѣдуетъ остерегаться смѣшенія основаній, приводимыхъ мимоходомъ юристами и императорами, съ руководящими принципами[19]).

---

[16]) L 20 de legib. 1, 3 и къ этому слишкомъ робкое сужденіе въ L 21 eod.

[17]) Случаи примѣненія: L 25 de legib. 1, 3 L 11, § 1, 2 de his qui not. 3, 2 L 3 § 5 de edict. Carb. 37, 10. Въ цѣли такъ наз. Sc. Juventianum находитъ свое объясненіе вызывающая много споровъ L 25 § 17 H. P. 5, 3. *Joseph*, Iher. Jahrb. XVI стр. 212 и сл. — ROHG. XVIII Nr. 97 стр. 378 RGE. II Nr. 5 стр. 10 VI Nr. 8 стр. 34 XXIV Nr. 22 стр. 120 Nr. 23 стр. 129.

[18]) Простымъ правиломъ является, напримѣръ, постановленіе, въ силу котораго недобросовѣстный владѣлецъ, начиная съ открытія процесса, отвѣчаетъ даже за случайную гибель вещи (L 40 pr. H. P. 5, 3). Принципъ же здѣсь таковъ: недобросовѣстный владѣлецъ долженъ, начиная съ открытія процесса, возмѣстить всякій ущербъ, причиненный неосновательнымъ удержаніемъ того, что ему не принадлежитъ. Послѣдствіе отсюда выведено въ L 15 § 3 R. V. 6. 1 L 14 § 1 depos. 16, 3. — То, что законы не имѣютъ обратной силы, есть только правило, но не принципъ. Ср. § 39. ROHG. XI Nr. 52 стр. 162.

[19]) Примѣры: L 22 H. P. 5, 3 G 15 § 3 de re jud. 42, 1 G 206 R. J. 50, 17. Правильное толкованіе § 11 J. de legat. 2, 20: plus

5. Толкованіе должно прослѣдить данное положеніе права и въ его историческихъ основаніяхъ.

а) Сравнительно немногіе законы даютъ совершенно новыя правовыя идеи. Большинство заимствуетъ свое содержаніе вполнѣ или отчасти изъ прежняго права и представляетъ собою въ лучшемъ случаѣ лишь дальнѣйшее развитіе ранѣе существовавшаго правоваго состоянія. Для полнаго пониманія этихъ законовъ имѣетъ огромное значеніе развитіе какъ отдѣльнаго положенія права, такъ и всего правоваго института[20]).

Въ особенности, корни партикулярнаго права лежатъ, по большей части, въ общемъ правѣ, и потому для объясненія отдѣльнаго опредѣленія партикулярнаго права слѣдуетъ имѣть въ виду господствующее, во время изданія даннаго закона, пониманіе общаго права.

Если можно доказать, что источникомъ какого-нибудь положенія туземнаго права служитъ иностранное право, то слѣдуетъ обратиться къ этому послѣднему. И кромѣ того, пониманіе отечественнаго права можетъ только выиграть отъ обращенія взора на развитіе однихъ и тѣхъ же правовыхъ учрежденій въ разныхъ странахъ. Въ этомъ заклю-

---

valet quod in veritate est quam quod in opinione и противоположенія этого въ L 15 AOH. 29, 2 даетъ *Lotmar*, Münchner Festgabe für Planck (1887) стр. 61—115.

[20]) Согласно точному смыслу Art. 306 HGB., изъ правила объ исключеніи виндикаціи въ отношеніи добросовѣстно пріобрѣтенныхъ вещей изъятіе сдѣлано лишь для краденыхъ и потерянныхъ вещей. Но историческое основаніе этого закона учитъ насъ, что постановленное въ немъ исключеніе имѣетъ силу для всѣхъ случаевъ, въ которыхъ кто-либо лишается обладанія вещью противъ своей воли. RGE. I Nr. 93 стр. 255. Объ историческомъ освѣщеніи c. 8 de novat. 8, 41 (42) *Salpius*, Novation § 43, 44.

чается непосредственно-практическое значеніе сравнительнаго правовѣдѣнія.

b) Для толкованія законовъ, которые возникаютъ изъ совѣщаній народнаго представительства или коммиссіи [21]), образованной въ видахъ обработки проекта закона, имѣется особый матеріалъ въ докладахъ должностныхъ лицъ и преніяхъ представительнаго собранія или коммиссіи; это — такъ называемыя *подготовительныя законодательныя работы* или *законодательные матеріалы*.

О значеніи законодательныхъ матеріаловъ для толкованія закона мнѣнія значительно расходятся [22]). Кто не придаетъ значенія волѣ законодателя для содержанія закона (§ 27, пр. 10), тотъ долженъ ставить законодательный матеріалъ на одну линію съ прочими вспомогательными средствами толкованія, напр., съ иностраннымъ закономъ или научнымъ изслѣдованіемъ о правѣ, откуда приходится такъ или иначе черпать при изданіи закона. Иначе разрѣшается этотъ вопросъ съ установленной выше (§ 27) точки зрѣнія. Законодательные матеріалы обнаруживаютъ передъ нами непосредственную работу фактора, который оказываетъ прежде всего рѣшающее вліяніе на содержаніе закона. Если они указываютъ опредѣленно на смыслъ, который

---

[21]) Такимъ коммиссіямъ обязаны своимъ возникновеніемъ прусскій ландрехтъ, австрійское гражд. уложеніе, нѣмецкій вексельный уставъ, нѣмецкое торгов. уложеніе.

[22]) Объ этомъ существуетъ обширная литература. Кромѣ поименованныхъ въ § 27 прим. 10 слѣдуетъ имѣть въ виду: *Schlesinger;* Göttinger gelehrte Anzeigen 1864 стр. 1968; *Bierling*, Z. f. Kirchenrecht. X стр. 141 и сл.; *Hahn*, Komm. z. HGB. 2 Aufl. I стр. XLVIII—LIX; *Goldschmidt*, Handb. des Hdlsr. § 34 п. 2, гдѣ находятся еще другія литературныя указанія.

законодатель соединялъ съ даннымъ положеніемъ права, и этотъ смыслъ согласуется со словами закона, то выведенное отсюда заключеніе будетъ имѣть обязательную силу. Толкователь не можетъ возстать противъ явно выраженной воли законодателя[23]), если она сдѣлалась ему извѣстна. Но при современномъ устройствѣ аппарата законодательной власти волей законодателя будетъ согласное пониманіе закона со стороны всѣхъ органовъ, участвующихъ въ его изданіи; а такое согласіе не очень часто можно доказать[24]). Что касается опредѣленія смысла закона по какому-нибудь выраженію, употребленному въ мотивахъ или въ докладѣ коммиссіи или въ голосованіи какого-нибудь депутата или представителя правительства, — то это будетъ, конечно, злоупотребленіе, которому надо противиться со всей рѣшительностью. Abusus non tollit usum[25]).

c) Источники германскаго общаго права содержатъ въ себѣ кое-какія указанія и на толкованіе

---

[23]) Возраженія, которыя дѣлаются противъ этого, въ существенномъ слѣдующія: a) Голосованіе касается текста, а не смысла закона. Такъ ли? Положимъ, что послѣ обстоятельнаго сужденія о томъ, какъ понимать какое-нибудь положеніе, всѣ выскажутся единогласно. Скажетъ ли кто нибудь «да» на голосуемый текстъ, если онъ соединяетъ съ нимъ иной смыслъ, а не тотъ, съ которымъ согласились всѣ? b) Говорятъ, будто принимаемый нами взглядъ возводитъ матеріалы въ законъ. Но вѣдь то, что находится въ матеріалахъ, опредѣляетъ содержаніе закона не потому, что тамъ находится, а потому, что изъ этого становится ясно духовное содержаніе закона. Ульпіанъ въ G 21 § 1 i. f. qui testam. fac. 28, 1 не признаетъ scripturae vicinae за завѣщаніе, несмотря на то, что онъ оттуда же объясняетъ смыслъ даннаго распоряженія на случай смерти.

[24]) Ср. однако *Seuff.* XLIV 202 RGE. XXLV Nr. V стр. 33 и слѣд.

[25]) Правильно RGE. XXII Nr. 26 стр. 143. О границахъ ROHG XXIII Nr. 81 стр. 238 RGE. XIV Nr. 39 стр. 174.

законовъ. Нѣкоторые говорятъ лишь о примѣненіи общихъ правилъ мышленія (прим. 9), другіе предостерегаютъ отъ трусливаго и узкаго толкованія, искажающаго намѣреніе законодателя [26]), третьи рекомендуютъ толкователю проникаться требованіями справедливости [27]); рядомъ встрѣчаются и вполнѣ положительныя предписанія [28]).

Каждый толкователь долженъ постоянно помнить, что онъ, хотя и подчиненъ закону, однако, есть въ то же время и посредникъ (interpres) между закономъ и практической жизнью. Онъ дѣйствуетъ, поэтому, согласно своей задачѣ, если толкуетъ законъ соотвѣтственно запросамъ практической жизни и все несообразное въ немъ разсматриваетъ какъ не бывшее въ виду законодателя [29]).

§ 29.

c. Распространительное и ограничительное толкованіе. Argumentum a contrario.

Результатъ логическаго толкованія можетъ стоять въ троякомъ отношеніи къ грамматическому (словесному смыслу закона).

I. Словесный смыслъ ясенъ; внутреннія основанія подтверждаютъ его или, по крайней мѣрѣ, не оста-

---

[26]) G 18 de legib. 1, 3. G 3 de constit. 1, 4 G 192 § 9 R.J. 50, 17.

[27]) G 13 pr. de liber. et post. 28, 2 G 7 § 2 de doli m. exc. 44, 4 G 85 § 2 R. J. 50, 17. c. 8 de judic. 3, 1 c. 5 § 1 de bon. quae liber. 6, 61

[28]) L 70 J. D. 23, 3 G 19 de liber. et post. 29, 2 G 10 J. F. 49, 14.

[29]) G 3 de offic. jud. 1, 14 RGE, XX Nr. 70 стр. 325.

вляютъ мѣста для предположенія о томъ, что слова закона не соотвѣтствуютъ его значенію.

Въ этомъ нормальномъ случаѣ словесный смыслъ надо принимать за содержаніе закона. Простое сомнѣніе не даетъ права отступаться отъ него[1]). Толкователь долженъ противиться искушенію учить законодателя и навязывать ему свои мысли, внося напримѣръ, въ законъ такія различія, которыхъ въ немъ нельзя доказать[2]).

II. Словесный смыслъ имѣетъ нѣсколько значеній или не ясенъ. Помощь логическаго толкованія въ первомъ случаѣ допускается безусловно, а во второмъ — тогда, когда слова закона не лишены всякаго смысла. Мысль не можетъ обойтись безъ выраженія; но даже пробѣлы въ выраженіи мысли могутъ быть пополнены[3]).

III. Словесный смыслъ ясенъ, но логическое толкованіе обнаруживаетъ, что онъ не покрываетъ воли. Въ этомъ случаѣ словесный смыслъ не будетъ, конечно, закономъ. Но имѣется-ли здѣсь воля, которую можно было бы доказать? Надо имѣть въ виду слѣдующее. Выраженіе воли необходимо для существованія закона, и, притомъ, это выраженіе должно заключаться въ словахъ закона. Но требованію это-

---

[1]) Ulp. G 1 § 20 de exerc. act. 14, 1: In re dubia melius est verbi, edicti servire.

[2]) G 1 § 3 de aleat. 11, 5 G 1 § 1 si mensor fals. mod. 11, 6. Новѣйшіе юристы говорятъ: ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere Однако, подобно всѣмъ прочимъ правиламъ толкованія, и это должно понимать cum grano salis. Прим. G 14 § 10 de aed. ed. 21, 1 G 6 § 2 de jure patron. 37, 14· REG. XXIV Nr. 25 стр. 138.

[3]) Gai III 75, 76 G 7 § 10 ad. Lc. Mac. 14, 6 G 32 § 3 de donat. i. v. e. u. 24, 1 Старая теорія говоритъ тутъ объ interpretatio declarativa и различаетъ еще lata и stricta.

гіи [11]). Возраженія противъ допущенія въ этихъ случаяхъ распространительнаго толкованія покоятся часто на смѣшеніи послѣдняго съ аналогіей (§ 30 V).

2. *Ограничительное* толкованіе доказываетъ, что законодатель выразился болѣе обще, чѣмъ это соотвѣтствовало его мысли. Оно сводитъ опредѣленіе закона въ отношеніи его словеснаго смысла — къ меньшему кругу примѣненія. Богатое поле для этого толкованія открываютъ законодательные сборники Юстиніана. Нѣкоторыя выраженія, вырванныя изъ ихъ первоначальной связи и взятыя въ отдѣльности, получаютъ здѣсь по своему словесному смыслу такую широту, которой компиляторы вовсе не признавали и не желали [12]). Но даже законы, представляющіе собою, какъ бы, одно цѣлое, нерѣдко подаютъ поводъ къ ограничительному толкованію [13]).

3. Иногда выраженіе закона заключаетъ въ себѣ два положенія права, изъ которыхъ только одно получило словесное выраженіе, въ то время какъ другое извлекается оттуда только посредствомъ логи-

---

[11]) Иначе RGE. IV Nr. 37, стр. 130. Слишкомъ осторожно VII Nr 20, стр. 62. Ср. Kohler Iher. Jahrb. XXV стр. 269. Неправильнаго взгляда въ теоріи держался еще *Wangerow*, § 24 (7 A. I стр. 52). Приведенныя имъ мѣста изъ источниковъ показываютъ только, что объемъ привиллегіи опредѣляется обнаруживающейся при ея пожалованіи волей того, кто ее жалуетъ. Противоположныя доказательства, прямо подавляющія, не были при этомъ достаточно оцѣнены, напр. L 3 de const. princ. 1,4 L 9 § 2, 3 ad. Sc. Mac. 14,6. L 6 pr. L 10 ad Sc. Vell. 16,1 L 64 § 1 R. N. 23,2. L 4 § 3 de censib. 50, 15 и др.

[12]) Примѣръ § 28 прим. 13; другой примѣръ — положеніе: errantis nulla voluntas. L 20 de aqua et aq. pluv. 39,3 C 8 de iur. et fact. ign. 1,18. Далѣе L 19 ad exhib. 10,4 L 54 pr. mand. 17,1 L 6 § 2 de iure patr. § 7, 14. Къ этому каноническое положеніе: qui tacet, consentire videtur!

[13]) RGE. XXIV Nr. 23 стр. 130 Nr. 25 стр. 138.

ческаго вывода. Одинъ случай такого рода даетъ намъ *заключеніе отъ противнаго*, argumentum a contrario. Если для опредѣленнаго состава фактовъ устанавливается норма и, притомъ, такая норма, которая является особенностью этого именно состава фактовъ, напримѣръ, надѣленіе тѣми или другими преимуществами или лишеніе этихъ преимуществъ извѣстнаго класса лицъ, вещей или правоотношеній, — то состояніе противоположное тому, которое установлено только для даннаго класса, лицъ, вещей или отношеній, признается этимъ самымъ за общее правило [14]). Заключеніе отъ противнаго сохраняетъ силу или падаетъ, смотря по тому, достовѣрно или нѣтъ то, что установленная норма должна дѣйствовать *только* для указаннаго въ ней состава фактовъ. Если этого «только» нѣтъ въ словесномъ смыслѣ закона, то примѣненіе argumentum a contrario можетъ быть оправдано лишь тогда, когда всѣ обстоятельства говорятъ ясно за исключительность данной нормы [15]). Декреты и рескрипты римскихъ императоровъ представляютъ въ этомъ отношеніи, согласно приведенному выше основанію, очень опасную почву [16]).

---

[14]) C. 10 de haeret. 1,5 запрещаетъ отчужденіе въ пользу еретиковъ участковъ земли, на которыхъ помѣщаются церкви, молитвенные дома правовѣрныхъ. Этотъ законъ даетъ мѣсто двоякому argumentum a contrario: во-первыхъ, что участки даннаго рода вообще отчуждаемы, и во-вторыхъ, что еретики обладаютъ способностью по пріобрѣтенію поземельной собственности. Ср. L 18 de testib. 22,5 L 20 § 5, 6 qui testm fac. 28,1. RGE. XIV Nr. 24 стр. 103.

[15]) Можно ли argumentum a contrario вывести изъ L 9 quae in fraud. cred. 42,8? За это *Arndts*, § 228 Anm. 4, противъ *Windscheid* § 463 прим. 23. — на L 12 § 3 de adm. tut. 26,7? Ср. *Keller* § 432 прим. 7. Вытекаетъ ли изъ предположенія смерти предположеніе жизни?

[16]) Примѣры: C. 5 de his quae vi 2,19 (20): sciente emtore C. 4 sol.

Посредствомъ argumentum a contrario также доказывается, что содержаніе закона идетъ за предѣлы его словеснаго смысла. Въ этомъ заключается его родство съ распространительнымъ толкованіемъ. Но въ то время, какъ послѣднее только обобщаетъ составъ фактовъ, указанныхъ данной законодательной нормой, заключеніе отъ противнаго обнаруживаетъ другую законодательную норму — съ самостоятельнымъ фактическимъ составомъ.

4. Когда ошибка кроется не въ выраженіи, а въ мысли законодателя, тогда толкованіе не оказываетъ никакой помощи. Отсюда есть, впрочемъ, исключеніе. Если въ какомъ-либо *положеніи* права содержится указаніе на то, что оно представляетъ собою только частный случай примѣненія другого, принципіальнаго положенія, съ которымъ оно стоитъ, тѣмъ не менѣе, въ противорѣчіи, — то сохраняется въ силѣ принципіальное положеніе, и только оно одно [17]).

§ 30.

4. Аналогія *).

Существуютъ-ли въ правѣ пробѣлы? Да и нѣтъ, судя по тому, что разумѣть подъ правомъ.

---

matr. 5,18 C. 17 de evict. 8,44 (45) C. 1. de fil. fam. min. 2,22 (23), къ этому *Savigny* VII стр. 288 и слѣд.

[17]) Примѣръ L 13 § 1 de excus. 27,1. Также въ L 7 § 1 sol. matr. 24,3 къ основному положенію присоединенъ ошибочный расчетъ. *Pfaff und Hofmann*, I стр. 194.

*) *Thibaut* Logische Auslegung § 28; *Savigny* I. § 46, 50; *Ihering*, Geist I § 3, II § 39; *Goldschmidt*, Handb. des Handelsr. § 34; *Adickes*, Rechtsquellen, стр. 67 и сл.; *A. Merkel*, Handb. des Strafr., *V. Holtzendorff* II. стр. 76. IV, стр. 85 и Jur. Encyklöpädie § 105 — 111; *Pfaff und Hofmann*, Komm. I стр. 189 — 193; *Kohler*, Grünhuts Z. XIII, стр. 48 и сл.; *Binding*, Handb. § 46, 47; *Wach*, Handbuch. § 22 II 1.

Въ огромномъ запасѣ положеній, установленныхъ обычнымъ правомъ и закономъ, едва-ли найдется одно, подъ общія требованія котораго подошли-бы вполнѣ всѣ особенныя фактическія условія даннаго, подлежащаго обсужденію, случая [1]). И это понятно. Одна попытка обнять существующія отношенія въ ихъ совокупности параграфами закона была бы столь же тщетна, какъ и ошибочна: судебная дѣятельность пробивалась бы всюду черезъ установленныя предписанія права. Насколько же менѣе можетъ законодатель предвидѣть всѣ измѣненія въ практической жизни! Онъ не можетъ даже облечь тотчасъ каждое вновь появляющееся отношеніе въ соотвѣтствующую ему юридическую форму; онъ слѣдуетъ за событіями, едва ихъ нагоняя. Въ этомъ смыслѣ въ правѣ существуютъ, несомнѣнно, пробѣлы.

Но вѣрно и то, что въ правѣ нѣтъ вовсе пробѣловъ. Ни одинъ судья не можетъ уклониться отъ постановленія приговора подъ предлогомъ того, что для предоставленнаго на его обсужденіе случая не существуетъ соотвѣтствующаго положенія въ правѣ. Къ каждому праву примѣнимо то, что Code civ. art. 4 высказываетъ относительно французскаго [2]). Если

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ здѣсь говорится о пробѣлахъ права. Нельзя видѣть указаннаго затрудненія въ отправленіи правосудія въ томъ случаѣ, когда уголовный судья, основываясь на существующемъ правѣ, объявляетъ, что извѣстное дѣяніе, за отсутствіемъ въ законѣ угрозы наказаніемъ, ненаказуемо. Это дѣяніе регулировано правомъ, но только съ отрицательной стороны. Если современное чувство права требуетъ наказанія, то говорятъ о пробѣлахъ въ правѣ; на самомъ же дѣлѣ думаютъ о недостаточности дѣйствующаго положенія права, *Stammler*, Civ. Arch. LXIX стр. 33.

[2]) Code civ. art. 4: Le juge qui refusera de juger sous prétexte du si-

въ тотъ день, въ который былъ поставленъ первый телефонъ, при его посредствѣ былъ заключенъ какой-нибудь договоръ, то судья долженъ, въ случаѣ спора, рѣшить, своевременно-ли послѣдовало и черезъ телефонъ принятіе предложенія ко вступленію въ договоръ. Онъ долженъ рѣшить это на основаніи положеній права и, притомъ, тѣхъ, которыя принадлежатъ дѣйствующему праву. Положительное право имѣетъ опредѣленія для всѣхъ вопросовъ, для всѣхъ отношеній; оно не терпитъ въ принадлежащей ему области «никакого безправнаго пространства» [3]). Въ этомъ смыслѣ въ правѣ нѣтъ пробѣловъ.

Но гдѣ отыскать скрытыя нормы для рѣшенія? Не единственнымъ, но очень важнымъ источникомъ для этого служитъ *аналогія*.

I. Изъ нашихъ нравственныхъ понятій вытекаетъ глубоко заложенное въ нихъ требованіе, чтобы равные составы фактовъ обсуждались по одной и той же юридической нормѣ. Равенство передъ правомъ есть не одна и та же норма для всѣхъ явленій, но одна и та же норма для всѣхъ равныхъ по своему существу явленій.

Подобное требованіе является не только побужденіемъ и руководствомъ для правообразованія, но и практическимъ положеніемъ, принадлежащимъ положительному праву [4]). Это нужно понимать, однако, не въ

lence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable déni de justice (судья, который откажется разобрать дѣло, подъ предлогомъ молчанія, неясности или недостаточности закона, можетъ быть преслѣдуемъ за отказъ въ правосудіи).

[3]) *Brinz*, Krit. VJSchr. XV. стр. 109: horror vacui (боязнь пустоты) въ правѣ.

[4]) L 12 13, 27, de legib. 1,3 C. 3 de legib. 1,14 L 20 de re iud. 42,1. Preuss. Ldr. Einl. § 49. Oesterr. GB. § 7. Badisches Ldr. 4a. Sächs. GB. § 25.

томъ смыслѣ, чтобы противорѣчіе съ указаннымъ требованіемъ вело къ недѣйствительности ясно выраженныхъ предписаній права. Нѣтъ; норма, о которой у насъ идетъ рѣчь, ведетъ къ отысканію рѣшающаго положенія права лишь при отсутствіи ясно выраженныхъ предписаній закона [5]). Одно положеніе въ римскомъ правѣ запрещало, напримѣръ, опекуну покупать вещи своего опекаемаго. По отношенію къ попечителю не было установлено ничего подобнаго, равно какъ и по отношенію къ другимъ управителямъ чужаго имущества. Но такъ какъ всѣ эти лица стоятъ къ несовершеннолѣтнимъ или къ хозяевамъ дѣла въ равномъ отношеніи, по крайней мѣрѣ, настолько, что всѣ они угрожаютъ одинаковой опасностью и вызываютъ потребность въ одинаковой защитѣ, то юристъ Павелъ дѣлаетъ слѣдующее заключеніе: idem porrigendum ad curatores procuratores et qui aliena negotia gerunt [6]). На такомъ же соображеніи перенесена отвѣтственность за dolus praeteritus отъ hereditatis petitio, т. е. generalis in rem actio, — на rei vindicatio, т. е. specialis in rem actio [7]). То же самое имѣетъ мѣсто и во многихъ другихъ примѣненіяхъ [8]).

---

[5]) На что опирается принципъ равенства въ своемъ положительномъ дѣйствіи? Отвѣты даются различные: на логическую природу права (*Thöl* § 64), на молчаливую волю законодателя (deus ex machina! такъ *Binding* I стр. 214, 216 прим. 9), на требованіе справедливости (*Adickes* стр. 68, *Brinz* § 32). Въ этомъ принципѣ слѣдуетъ видѣть продуктъ культурнаго развитія права, слѣд., если угодно, и обычное право.

[6]) L 34 § 7 C. E. 18,1. Родственна L 9 § 2 de edendo 2,13.

[7]) L 27 § 3 R. V. 6,1. Ср. далѣе L 4 si quadrupes 2,1.

[8]) L 32 pr. ad leg. Aq. 9, 2. Въ классическомъ правѣ аналогія осуществлялась часто путемъ установленія utilis actio или utile interdictum. § 16 J. de lege Aq. 4,3 L 4 si quadrupes 9,1. L 55 de donat. i. v. 24,1. L 1 § 35 de aqua quot. 43,20.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ мы наблюдаемъ слѣдующее: требованіе того, чтобы равное и обсуждалось равнымъ образомъ, заставляетъ примѣнять данное положеніе права къ такому составу фактовъ, который не имѣлся въ виду при установленіи этого положенія, и это примѣненіе основано именно на томъ, что регулированный уже и не регулированный еще составы фактовъ обладаютъ равными по существу свойствами. Не точно представляютъ положеніе дѣла, когда говорятъ, что данная юридическая норма примѣняется къ другому составу фактовъ. Скорѣе — изъ данной юридической нормы выводится болѣе общая норма, которой фактическій составъ обнимаетъ какъ уже регулированный, такъ и не регулированный еще составъ фактовъ.

Это называется аналогіей. Аналогическое же примѣненіе права состоитъ въ обсужденіи не регулированнаго явно состава фактовъ на основаніи такой юридической нормы, которая въ силу принципа равенства извлекается изъ существующаго права [9]).

II. Основой аналогіи служитъ *сходство по существу* между тѣмъ составомъ фактовъ, который предусмотрѣнъ данною юридической нормой, и тѣмъ, который подлежитъ обсужденію. Правда, въ мірѣ нѣтъ двухъ вполнѣ равныхъ между собою вещей. Но мы уже знаемъ, что положительное право — за исключеніемъ своихъ индивидуальныхъ опредѣленій — связываетъ устанавливаемыя имъ послѣдствія всегда только съ отдѣльными элементами состава фактовъ

---

[9]) Quintil. Jnst. orat. I, 6: Eius haec vis est, ut id quod dubium est ad aliquid simile, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probat. *Kohler*, Iher. Jahrb. XXV, стр. 268, прим. 8: правообразованіе по аналогіи есть правообразованіе изъ принциповъ. RGE. XXVII Nr. 15 стр. 66.

тѣхъ или другихъ жизненныхъ явленій; эти элементы называются, поэтому, юридически-существенными элементами данныхъ фактическихъ отношеній. Согласно этому, сходными по существу будутъ два такихъ состава фактовъ, которые объединены своими юридически-существенными элементами [10]). Кромѣ того, здѣсь принимаются во вниманіе лишь тѣ моменты фактическихъ отношеній, которые имѣютъ существенное значеніе именно для даннаго спеціальнаго вопроса о правѣ. Купля, мѣна, наемъ представляютъ собою составы фактовъ весьма различные другъ отъ друга въ юридическомъ смыслѣ; но въ отношеніи обязанности къ вознагражденію за эвикцію (условіе объ очисткѣ) они имѣютъ одинъ и тотъ же фактическій составъ. Во всѣхъ трехъ договорахъ повторяется въ этомъ отношеніи одно и то же явленіе: извѣстное лицо, обязавшееся за вознагражденіе предоставить другому ту или другую длящуюся имущественную выгоду, нарушаетъ эту обязанность, какъ скоро предоставленная имъ вещь отбирается у пріобрѣтателя или кредитора третьимъ лицомъ, предъявляющимъ на нее свое преимущественное право.

Въ правильномъ сужденіи объ однородности сосостава фактовъ и въ распознаніи ихъ существенныхъ элементовъ, въ противоположность несущественнымъ, лежитъ гарантія надежности и, въ то же время, трудность аналогическаго примѣненія права. Въ каждомъ случаѣ слѣдуетъ зрѣло обсудить, нѣтъ-ли въ регулированномъ уже составѣ фактовъ осо-

[10]) Другіе называютъ юридически-существенные элементы юридической нормы ея юридическимъ основаніемъ и потому для аналогіи требуютъ равенства юридическаго основанія. *Thibaut*, стр. 122; *Wächter*, Württ. PR. II § 13 прим. 10.

баго момента, который и долженъ быть рѣшающимъ для обсуждаемаго случая [11]).

Сверхъ того, масштабъ, которымъ измѣряется однородность состава фактовъ, не остается неизмѣннымъ. Рѣшающее значеніе принадлежитъ здѣсь человѣческому сужденію, а оно подвержено измѣненіямъ и находится въ процессѣ развитія. Римлянинъ V-го вѣка отъ основанія города Рима никогда не допустилъ бы того, что было признано во II-мъ вѣкѣ по Р. Х., напримѣръ, что оскорбленіе свободнаго человѣка можетъ быть поставлено на одну доску съ тѣлеснымъ поврежденіемъ, причиненнымъ рабу или животному. Надъ аналогическимъ примѣненіемъ права, какъ и надъ законодательствомъ и всякимъ правообразованіемъ, стоитъ всеобщій законъ развитія, которому подчинена человѣческая мысль. Подобно созданіямъ внѣшней природы, идеи человѣка зарождаются въ едва видимыхъ формахъ и развиваются постепенно въ могучія силы. Идея права первоначально проявляется въ отдѣльномъ примѣненіи, въ качествѣ нормы для тѣсно ограниченнаго отношенія; здѣсь именно она находитъ, по мѣткому выраженію Іеринга, свою историческую точку проникновенія въ видимый міръ (der historische Durchbruhspunkt). Тво-

---

[11]) Слѣдуетъ-ли исключеніе, установленное для даренія въ пользу спасителя жизни, распространять на всѣ даренія, мотивированныя чувствомъ благодарности? Распространять-ли lex Rhodia de jactu на плаваніе по рѣкамъ и путешествіе на сушѣ? *Goldschmidt*, Z. f. HR. XXXV стр. 59, *Seuff*. XLVI, 22 и мотивы. Можно-ли оспариваніе купли на основаніи laesio enormis распространять на причиненіе ущерба покупателю? *Windscheid* § 396 въ концѣ. Примѣръ осторожнаго обращенія съ аналогіей представляетъ Ulp. L 2 § 29 ad Sc. Fert. 38,17. Ср. RGE. IV Nr. 48, стр. 168. IX Nr. 55, стр. 208. XXIV Nr. 10, стр. 248, но также IV. Nr. 37, стр. 130, Nr 42, стр. 143, XXI Nr. 33, стр. 187, XXIV Nr. 51, стр. 254.

рецъ нормы не сознаетъ полноты заложеннаго въ нее юридическаго матеріала. Требуется зрѣлость, пріобрѣтаемая временемъ, работа поколѣній, новый міръ жизненныхъ отношеній, для того, чтобы норма перешла въ общее сознаніе во всей своей широтѣ. Право эвикціи — интерцессіи — коллаціи, damnum injuria datum и многіе другіе примѣры служатъ этому доказательствомъ[12]).

III. Опорными пунктами для аналогическаго примѣненія служатъ или отдѣльныя положенія права[13]), или множество такихъ положеній[14]). Чѣмъ дальше приходится при этомъ восходить отъ отдѣльныхъ положеній права къ общимъ правовымъ принципамъ, тѣмъ неопредѣленнѣе дѣлаются очертанія общаго состава фактовъ и тѣмъ менѣе надежнымъ — результатъ, получаемый при посредствѣ аналогіи. Это — несовершенство, но его легче вынести, чѣмъ банкротство правосудія или возведеніе, такъ называемаго, разума, т. е. судебнаго произвола, въ источникъ права.

Теорія различаетъ аналогію закона и права, смотря по тому, на чемъ она основана: на отдѣльномъ ли положеніи права или на болѣе широкомъ основаніи.

IV. Аналогія имѣетъ несомнѣнное сходство съ

) *Ihering*, Gesit I § 3, 39.

[12]) L 34 § ult. C. E. 18,1 L 9 § 2 de edendo 2,13 L 27 § 3 R V. 6,1 — RGE. XXIV Nr. 10, стр. 45 и др.

[14]) Изъ L 1,2 de inst. act. 14,3 L 5 de stip. praet. 46,5 HGB. Art. 368 Abs. 2 дѣлается выводъ, что вексель, который индоссированъ лишь съ цѣлью взысканія, но безъ внѣшняго ограниченія (Vollindossament) въ случаѣ конкурса индоссатора и векселедержателя можетъ быть виндицированъ индоссантомъ. *Kohler*, Iher. Jahrb. XVI стр. 354. Подобная попытка *Lehmann* тамъ же XIII стр. 224 и сл., противъ чего RGE V Nr. 41, стр. 163.

распространительнымъ толкованіемъ (§ 29, III, 1). Подобно послѣднему, она добываетъ изъ установленныхъ предписаній юридическій матеріалъ, идущій далѣе словеснаго смысла этихъ предписаній. Однако, исходная точка тамъ и здѣсь различны. Распространительное толкованіе исходитъ изъ того, что творецъ даннаго положенія права хотѣлъ болѣе широкаго содержанія и только ошибся въ выраженіи; аналогія, напротивъ, предполагаетъ, что законодатель не сознавалъ всей широты установленнаго имъ положенія и, слѣдовательно, не могъ и желать этой широты. Распространительное толкованіе переступаетъ только за букву, а аналогія — за волю законодателя[15]). Поэтому аналогія есть примѣненіе, а не толкованіе законовъ. Но можно еще спросить, является ли аналогія вообще примѣненіемъ права? Не принадлежитъ ли она скорѣе къ области созданія права? Несомнѣнно, аналогія лежитъ на границѣ, но центръ тяжести ея все-таки внутри сферы примѣненія права, такъ какъ она опирается на положительное право и достигаетъ своихъ результатовъ посредствомъ оперированія надъ опредѣленіями положительнаго права[16]). Положимъ, она переступаетъ

---

[15]) Когда создавались Art. 318, 319 торговаго уложенія, тогда по понятнымъ основаніямъ не подумали о заключеніи договора черезъ телефонъ. Добиться признанія такого заключенія путемъ распространительнаго толкованія было невозможно, а путемъ аналогіи возможно. Иную, по моему мнѣнію, неудачную попытку различія дѣлаетъ *Eisele*. Ihér. Jahrb. XXIII, стр. 123, XXIV, стр. 229. Ср. мое сочиненіе въ Festgabe, стр. 53. RGE. VII Nr. 20, стр. 64, просматриваетъ то, что между толкованіемъ и измѣненіемъ закона въ срединѣ лежитъ еще нѣчто, что даетъ судьѣ возможность пополнить законъ. Ср. также *Seuff*. XLV, 155.

[16]) Нѣсколько далѣе идетъ *Brinz*, § 32.

распоряженіе, заключающееся въ отдѣльномъ положеніи права, но не переступаетъ самого положительнаго права, признающаго, что равное должно и обсуждаться равно. Въ идеѣ права заключается сила, влекущая его къ осуществленію, которое и происходитъ то черезъ посредство органа, надѣленнаго правообразующей властью, то путемъ аналогическаго примѣненія.

V. Положеніе, о которомъ такъ много говорятъ, будто ius singulare не доступно аналогическому примѣненію (§ 23, прим. 3), требуетъ значительнаго ограниченія. Вѣрно, что примѣненіе права въ общемъ не можетъ распространять правила, создающія, — изъ благоволенія, соображенія о потребности въ особой защитѣ или другихъ подобныхъ основаній, — исключительное положеніе для опредѣленнаго класса лицъ, вещей или правоотношеній — на другіе классы лицъ и т. д. по соображеніямъ одинаковой справедливости или полезности. Другими словами, аналогическое распространеніе извѣстнаго положенія права по его законодательно-политическимъ мотивамъ не можетъ быть допущено. Но заложенная въ ius singulare основная идея можетъ быть приведена къ полному выраженію путемъ аналогическаго распространенія. Такъ, распространеніе Sc. Velleianum на лицъ, не получившихъ образованія, не допускается, хотя эти послѣдніе такъ же легко подвергаются искушенію, какъ и женщины. Напротивъ, этотъ законъ уже римскими юристами былъ распространенъ на установленіе залога, принятіе долга и подобные юридическіе акты. Но примѣненіе права можетъ зайти даже и за указанныя границы, когда чувство настойчиво требуетъ равнаго обсужденія двухъ или

нѣсколькихъ отношеній. Примѣненіе права никогда и не останавливалось прямо передъ этой границей [17]).

е. Частное международное право *).

§ 31.

1. Обзоръ.

Населенная часть земнаго шара распадается на большое число областей права. Каждое государство имѣетъ свое собственное право, а въ предѣлахъ многихъ государствъ даже отдѣльныя части ихъ пользуются своимъ особымъ гражданскимъ правомъ (партикулярныя права). Отсюда самъ собою возникаетъ вопросъ: по какому праву въ отношеніи мѣста его примѣненія слѣдуетъ обсуждать данное конкретное отношеніе гражданскаго права?

---

[17]) Римское право: L 9 § 2 de edendo 2, 13 L 34 § 7 C. E. 18,1 L 4 de fundo dot. 23,5 L 29 § 4, 15 de liber. et post. 28,2 L 67 (65) § 1,3 ad Scm Treb. 36,1 L un. de bon. poss. ex testam. mil. 37,13 L 20 de re iud. 42,1. Современная практика: Seuff. I 177, 321, XXVII 8, XXXIII 3, затѣмъ III 90; далѣе XXVIII 204 и мотивы; RGE. IV Nr. 34, стр. 123; наконецъ, RGE. XXIV Nr. 10, стр. 45 и сл. Согласно съ этимъ и *Windscheid* § 24 пр. 3 и *Römer*, Z. f. HR. XIX, стр. 94. Подробности въ моемъ указанномъ сочиненіи, стр. 51 и слѣд.

*) Изъ нѣмецкой обработки этого ученія надо указать: *Wächter*, Civ. Arch. XXIV, стр. 230 — 311, XXV стр. 1 — 60, 160 — 200, 361 — 419 (1841, 42); *Savigny*, System, VIII, стр. 1—367 (1849); *Bar* Das internationale Privat-und Strafrecht (1862), теперь въ существенно переработанномъ, но ограниченномъ частнымъ правомъ 2-мъ, изданіи 2 Bde (1889, впредь цитируемое какъ *Bar*, Handbuch), въ болѣе сжатой формѣ помѣщенное въ Holtzendorffs Rechtsencyklopädie 5 Aufl., стр. 719—762 (1889), и недавно Lehrbuch des internationalen Privat-und Strafrechts (1892, впредь цитируемое какъ *Bar*, Lehrbuch); *Mommsen*, Civ. Arch. LXI стр. 149 — 202 (1878). Сводъ тео-

Такъ какъ каждое государство имѣетъ власть издавать для судей своей страны обязательныя предписанія, то оно можетъ распорядиться, чтобы въ судахъ примѣнялось только родное право. Такова точка зрѣнія строгой замкнутости государства въ сферѣ права. Но эта точка зрѣнія дѣлается несостоятельной при развитіи мирнаго оборота между подданными различныхъ государствъ. Оставляя въ сторонѣ многообразныя неудобства этой точки зрѣнія, стóитъ упомянуть только объ одномъ: результатъ юридическихъ сдѣлокъ ставится здѣсь въ зависимость отъ случайнаго и, что еще хуже, предоставленнаго произволу одной стороны, обстоятельства, а именно — гдѣ, т. е. въ какой области права, испрашивается въ рѣшительный моментъ судебная защита. Вотъ почему всѣ цивилизованные народы допускаютъ теперь примѣненіе иностраннаго права. И все-таки ни одинъ изъ нихъ не дѣлаетъ этого безъ извѣстныхъ ограниченій. Ни одно государство не можетъ, напримѣръ, содѣйствовать осуществленію такихъ положеній права, которыя оно отвергаетъ, какъ безнравственныя. Границы между допускае-

---

ріи и судебной практики для практическаго употребленія даетъ *Böhm*, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen (1890). Собраніе нормъ положительнаго законодательства рядомъ съ проектами законовъ, проектами договоровъ и договорами государствъ о международномъ частномъ правѣ содержитъ *Meili*, Die Kodification des internationalen Civil-und Handelsrechts (1891). Въ другомъ родѣ и по другому плану составлено *Meili*, Geschichte und System des internationalen Privatrechts. (1892). Нѣкоторые основные вопросы развиваетъ *Kahn*, Gesetzeskollisionen, въ Iher. Jahrb. XXX Abht. (1891). Удачно краткое изложеніе у *Stobbe*, Deutsches Privatr. I § 29 — 34 (Aufl. 1882). О весьма богатой содержаніемъ иностранной литературѣ см. у *Bar*, Lehrb., стр. XII — XVI, о прежней литературѣ тотъ же *Bar*, Handb. I § 17.

мымъ и недопускаемымъ примѣненіемъ иностраннаго права въ различныя времена и въ различныхъ государствахъ проводились различно.

Мы не имѣемъ возможности прослѣдить здѣсь, какъ разрѣшался вопросъ о примѣненіи права, въ отношеніи мѣста его господства, въ римскомъ правѣ и въ средневѣковой Германіи[1]). Корни нашего современнаго частнаго международнаго права лежатъ въ средневѣковой Италіи. Развитіе городскаго устройства повело тамъ къ тому, что каждая городская область управлялась, рядомъ съ общимъ — римскимъ еще своимъ особымъ — статутнымъ правомъ (statuta). Живой оборотъ между богатыми торговыми городами не выносилъ исключительнаго примѣненія своего права въ судахъ, равно какъ и неблагопріятнаго по существу отношенія къ иностранцамъ. Подъ этими вліяніями постъ-глоссаторы и выработали, такъ называемую, теорію статутовъ. Согласно этой теоріи, каждый долженъ подчиняться въ отношеніи своей личности законамъ своего мѣстожительства (statuta personalia), въ отношеніи правъ на вещи — законамъ того мѣста, гдѣ находится вещь (statuta realia), а въ отношеніи юридическихъ дѣйствій — законамъ того мѣста, гдѣ совершено дѣйствіе (statuta mixta).

Тотчасъ же бросается въ глаза значительная неопредѣленность теоріи статутовъ. Въ этомъ заключается ея слабая сторона, а вмѣстѣ — и основаніе, по которому она сохраняла свою силу до нашего столѣ-

---

[1]) О римскомъ правѣ *Mommsen*, Röm. Staatsr. III, стр. 590 — 606; *Bar* Handb. I, стр. 17 — 25, 112, 164; *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht, стр. 122 и сл. (1891). О правѣ германской имперіи и Германіи среднихъ вѣковъ *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte I, § 33 — 35; *Bar*, Handb. I, стр. 25 и сл.

тія. Она даетъ мало опоръ разумному разрѣшенію вопросовъ частнаго международнаго права, но зато не представляетъ и препятствій для такого разрѣшенія. Однако, при ближайшемъ разсмотрѣніи эту теорію пришлось отвергнуть.

Вехтеръ, представившій въ основательномъ изложеніи неудовлетворительность статутной теоріи, на мѣсто ея предложилъ слѣдующее положеніе: судья связанъ законами своей страны и можетъ примѣнять иностранное право лишь въ тѣхъ случаяхъ, для которыхъ это предписано роднымъ правомъ явно, или же по его смыслу и духу. Это положеніе вытекаетъ изъ оставленной теперь точки зрѣнія, по которой всякое государство охраняетъ, по возможности, господство своего права.

Савиньи оказалъ настоящей теоріи блестящую услугу, устранивъ изъ нея такой узкій взглядъ на дѣло. Онъ говоритъ: «Между современными цивилизованными націями въ отношеніи гражданскаго права настолько выработалось юридическое общеніе, что каждое правоотношеніе слѣдуетъ обсуждать по праву того мѣста, которому оно принадлежитъ по своей особенной природѣ; различіе между своимъ и чужимъ правомъ принимается въ соображеніе лишь въ томъ смыслѣ, что судья устраняетъ отъ примѣненія такія положенія иностраннаго права, которыя стоятъ въ противорѣчіи съ положеніями роднаго права, имѣющими абсолютно-принудительную силу, или которыя ставятъ своей цѣлью осуществленіе института, совершенно чуждаго родному праву».

Кое-что въ этой формулировкѣ можно было бы

отбросить, но лежащій въ основѣ ея взглядъ вѣренъ и въ общемъ раздѣляется и теперь [2]).

Тѣмъ не менѣе, не слѣдуетъ преувеличивать практическую цѣнность указанной Савиньи руководящей мысли для нашего ученія. Задача состоитъ здѣсь въ томъ, чтобы опредѣлить по мѣсту примѣненія законъ для каждаго элемента даннаго правоотношенія. Это дѣлаетъ необходимымъ изслѣдованіе природы каждаго элемента правоотношенія; общая формула немного помогаетъ заключительному сужденію. Въ этомъ изслѣдованіи и опредѣленіи отдѣльныхъ элементовъ различныхъ правоотношеній заключается центръ тяжести трудовъ Бара, чрезвычайно содѣйствовавшихъ обработкѣ настоящаго ученія.

Долгое время разсматриваемое нами ученіе называлось коллизіей статутовъ; но это названіе — мало подходящее, такъ какъ имъ предполагается только патологическое состояніе коллизіи, тогда какъ намъ приходится имѣть дѣло не только съ этимъ состояніемъ, но и съ установленіемъ нормальныхъ отношеній. Савиньи предлагалъ говорить о мѣстныхъ границахъ господства юридическихъ нормъ. Но кругъ дѣйствія права въ пространствѣ не подвергается со-

---

[2]) Критика оказалась въ отношеніи *Савиньи* по истинѣ мелочной. Въ особенности она придиралась къ выраженію *Савиньи*, что рѣшающее значеніе принадлежитъ праву того мѣста, гдѣ правоотношеніе имѣетъ «свою осѣдлость»,— указывая на ту несомнѣнную истину, что правоотношенія вообще не имѣютъ никакой осѣдлости. Какъ будто это могло оставаться неизвѣстнымъ для такого человѣка, какъ *Савиньи!* Но развѣ мы не локализируемъ всѣ правоотношенія и ихъ элементы для того, чтобы опредѣлить примѣняющееся къ нимъ право? И развѣ осѣдлость правоотношенія является для этого настолько неподходящимъ образомъ? Ср. также *Kahn*, указ. соч., стр. 107 и слѣд.

мнѣнію; сомнительно только — предметное распространеніе господства, т. е. какія явленія и отношенія обнимаются правомъ каждаго мѣста. Всего болѣе подходитъ сюда выраженіе, употребляемое и въ другихъ странахъ, — *частное* (гражданское) *международное право*[3]), — хотя оно и не указываетъ на то, что дѣло идетъ здѣсь не только о правѣ различныхъ государствъ, но и объ отношеніи между различными партикулярными правами одного и того же государства[4]).

§ 32.

2. Основныя положенія.

I. Правоотношенія не имѣютъ тѣлеснаго бытія и потому не занимаютъ мѣста въ пространствѣ. Но событія, которыя вызываютъ къ жизни, измѣняютъ или уничтожаютъ отношенія, также какъ и люди, которымъ принадлежатъ эти правоотношенія, и вещи, на которыя они распространяются, суть явленія видимаго міра и стоятъ въ извѣстномъ отношеніи къ данной территоріи. Эта связь ихъ съ территоріей даетъ внутреннее основаніе для подчиненія того или другаго элемента извѣстнаго юридическаго отношенія праву, дѣйствующему на этой территоріи. За отсутствіемъ предписаній положительнаго права, на юриспрунденцію ложится обязанность — опредѣлить связь элементовъ правоотношенія съ той или дру-

---

[3]) Обстоятельно объ этомъ трактуетъ *Meili*, Z. f. internat. Priv.- und Strafr. I, стр. 6 и слѣд. Ср. также *Kahn*, указ. соч., 1 и слѣд., 29 и сл.

[4]) Противъ уподобленія того и другаго отношенія *Meili*, указ. соч., стр. 23, и *Klöppel*, тамъ же I, стр. 39 и слѣд. Ср. однако *Bar*, Handb. I, стр. 119 и слѣд.

гой территоріей; тамъ, гдѣ эти элементы имѣютъ связи съ различными территоріями, юриспруденція указываетъ на ту изъ нихъ, которой должно принадлежать преобладающее значеніе.

II. Если при установленіи и отысканіи положеній права, въ отношеніи мѣста ихъ примѣненія, принимаются въ соображеніе и точки зрѣнія международнаго права, то установленныя такимъ образомъ положенія не перестаютъ все-таки принадлежать положительному праву данной страны и составлять для судьи положенія его роднаго права, а не часть какой-нибудь различной отъ него области права, напримѣръ, международнаго или какого-то внѣгосударственнаго особаго права (ausserstaatlich) [1]). Установленіе этой точки зрѣнія не безразлично для разрѣшенія возникающихъ здѣсь практическихъ вопросовъ [2]).

III. Когда туземное право предписываетъ обсужденіе какого-нибудь элемента правоотношенія на основаніи иностраннаго права, тогда этотъ вопросъ не подчиняется болѣе правиламъ частнаго международнаго права, установленнымъ иностранными законодательствами, такъ какъ иначе могла бы возникнуть своеобразная игра въ юридическія прятки. Напротивъ, вопросъ частнаго международнаго права разрѣшается здѣсь окончательно туземнымъ правомъ.

---

[1]) Это весьма спорный вопросъ. За внѣгосударственное право *Brinz* § 93 (впрочемъ, въ ограниченномъ смыслѣ) и *Bar*, Handb. I, стр. 5 и слѣд., а также Lehrb., стр. 28; *Klöppel*, Z. f. intern. PR. I, стр. 40. Противъ: *Wächter*, указ. соч., XXIV, стр. 236 и слѣд.; *Böhlau*, Mecklnb. Ldr. § 71; *Stobbe* § 29, прим. 2a; *Kahn*, указ. соч., стр. 4 и сл. Тамъ и дальнѣйшее указаніе на литературу.

[2]) *Kahn*, стр. 28, 54, 60, 71, 91, 96, 130.

Поэтому ошибочно думать, что ссылка на иностранное право ставитъ судью въ такое же положеніе, какъ если бы споръ былъ предоставленъ на разсмотрѣніе судьи иностраннаго государства [3]).

IV. Опорными пунктами для опредѣленія права въ отношеніи мѣста его примѣненія являются не всегда простые факты, какъ, напримѣръ, рожденіе или смерть, положеніе извѣстной вещи, мѣсто совершенія дѣйствія и др., но часто и юридическія понятія: мѣсто жительства, принадлежность къ извѣстному государству, движимая и недвижимая вещь, мѣсто возникновенія, — исполненія обязательства и т. д. Когда, напримѣръ, положеніе частнаго международнаго права опредѣляетъ, что лицо, въ отношеніи правоспособности и т. д., подчиняется законамъ мѣста жительства, то возникаетъ вопросъ: по какому праву рѣшить, имѣетъ ли это лицо и гдѣ оно имѣетъ свое мѣсто жительства? Этотъ пунктъ очень споренъ. По одному мнѣнію, такіе предварительные вопросы подлежатъ международной регламентаціи, которая въ вопросѣ о мѣстѣ жительства, напримѣръ, сходится съ опредѣленіями римскаго права о domicilium [4]). Другіе полагаютъ, что туземное право вступаетъ въ силу вездѣ, гдѣ нѣтъ основанія для примѣненія чужаго права [5]). Этотъ послѣдній взглядъ заслуживаетъ предпочтенія, такъ какъ онъ даетъ твердую почву для судебныхъ рѣшеній.

---

[3]) Спорный пунктъ. Мы слѣдуемъ за *Kahn*, стр. 7 — 55, 104, который говоритъ тутъ объ явной коллизіи законовъ. RGE. XX Nr. 79, стр. 353. Nr. 36, стр. 330. Инаго мнѣнія *Bar*, Handb. I, стр. 276, и Lehrb. § 10 примѣч. 5, Seuff. XIV 107.

[4]) Это защищаетъ *Bar*, Handb. I, стр. 107 и др.

[5]) *Kahn*, указ. соч., стр. 56 — 106.

V. Вопросъ о предпочтеніи того или другаго права по мѣсту его примѣненія рѣшается, прежде всего, ясно выраженными предписаніями, содержащимися въ дѣйствующемъ правѣ того мѣста, гдѣ находится судья, разбирающій дѣло (туземное право). Содержаніе общаго права въ отношеніи такихъ предписаній весьма скудно; нѣсколько богаче матеріаломъ важнѣйшія партикулярныя законодательства. Отдѣльные законы новой Германской имперіи даютъ рѣшающія опредѣленія; въ обычномъ правѣ нѣтъ ничего, кромѣ положенія: locus regit actum. Судебная практика со времени сочиненія Савиньи, составившаго цѣлую эпоху, отличается извѣстнымъ единствомъ въ направленіи, хотя о твердомъ и внѣшнеобязательномъ результатѣ этой практики не можетъ быть еще рѣчи.

Такимъ образомъ, судьѣ по многимъ вопросамъ частнаго международнаго права приходится добывать рѣшенія изъ существа отношенія, подлежащаго его обсужденію, въ зависимости отъ потребности въ обезпеченномъ юридическомъ оборотѣ, короче — судьѣ приходится добывать рѣшенія изъ природы вещей [6]). Однако, это свободное отношеніе судьи къ вопросамъ частнаго международнаго права находитъ себѣ границу въ явномъ или молчаливомъ требованіи роднаго права, чтобы иностранное право, подлежащее примѣненію на общихъ основаніяхъ, не допускалось въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненіе

---

[6]) Съ полнымъ правомъ предостерегаетъ *Bar*, Lehrb. § 4 прим. 3, отъ смѣшенія этого положенія съ естественнымъ правомъ, ссылаясь на юридическія свойства тѣхъ положеній права, которыя примѣняются здѣсь судьей. Это — положенія низшей степени въ указанномъ выше (§ 9, II B. 3) смыслѣ.

его вело бы къ осуществленію такихъ юридическихъ отношеній или притязаній, которыя туземное право безусловно отвергаетъ, какъ напримѣръ, рабство, многоженство, гражданскую смерть, требованіе изъ недозволенной игры, приниженіе лицъ, принадлежащихъ къ извѣстному вѣроисповѣданію и т. д. [7]). Впрочемъ, примѣненіе такого иностраннаго права воспрещается судьѣ лишь настолько, насколько этимъ путемъ проводятся въ жизнь неодобряемыя туземнымъ правомъ юридическія послѣдствія, но не настолько, насколько эти послѣдствія являются только предположеніемъ для осуществляемаго притязанія и не противорѣчатъ туземнымъ юридическимъ воззрѣніямъ, — что мы видимъ, напримѣръ, при изслѣдованіи законности рожденія дѣтей, происходящихъ отъ полигамическаго брака [8]).

VI. Лицо играетъ при большомъ числѣ юридическихъ событій такую центральную роль, что для юридическаго обсужденія этихъ событій издавна считалось рѣшающимъ то право, господству котораго лицо подчинено въ отношеніи своего общаго

---

[7]) Что такое ограниченіе существуетъ — съ этимъ согласны всѣ; мнѣнія расходятся только относительно способа его пониманія. *Savigny* § 349; *Thöl*, Einleitung, § 74; *Bar*, Handb. I стр. 127 и сл. Мы слѣдуемъ за *Bar*'омъ. Изъ практики: Seuff. I 35 (договоры между христіанами и евреями) II 4, III 135, VIII 7, XIV 196 (претензіи, возникающія изъ внѣбрачнаго сожительства; иначе I 153; III 254, IX 247, XII 333); XVI 1, XXXI 194 (гипотека на движимыя вещи; иначе XVII 111, XXVIII 2) XIX. 107 (запрещеніе lex commissoria) XIX 108 (форма сговора), XXIII 96 и RGE. IX Nr. 48, стр. 192 (основанія расторженія брака), RGE. I Nr. 30, стр. 61 (запрещеніе сложныхъ процентовъ III Nr. 14, стр. 29, XI Nr. 9, стр. 29 (§ 77 RG. v. 6 Febr. 1875), V Nr. 33, стр. 124 (продажа билетовъ запрещенной лотереи). Ср. также RGE. XII Nr. 77, стр. 309.

[8]) *Mommsen*, Civ. Arch. LXI, стр. 195; *Bar* I, стр. 128 и сл.; *Kahn*, стр. 137 и сл.; CPO. § 661, n. 2, Gerichtsverf. GS. § 159 Abs. 2.

юридическаго положенія; это — такъ называемый личный статутъ. Между тѣмъ, положительныя законодательства и теоретическія воззрѣнія расходятся до сихъ поръ въ разрѣшеніи вопроса, какъ опредѣлять личный статутъ: мѣстомъ ли жительства даннаго лица или его принадлежностью къ извѣстному государству. Въ Германіи пока еще господствуетъ въ теоріи, практикѣ и законодательствѣ принципъ мѣстожительства (Wohnortsprincip) [9]), равно — въ Англіи и Сѣв. Америкѣ; напротивъ, во Франціи и Италіи господствуетъ принципъ подданства (Nationalität). Послѣдній и въ Германіи завоевываетъ себѣ все болѣе и болѣе приверженцевъ [10]). И дѣйствительно, если имѣть въ виду отношенія, сильнѣе всего захватывающія человѣка, то чаша вѣсовъ склонится въ сторону подданства, менѣе подверженнаго какъ произволу и случайности, такъ и колебаніямъ. Если же имѣть въ виду тѣ сравнительно рѣдкіе случаи, когда дѣло идетъ о лицѣ, имѣющемъ подданство въ нѣсколькихъ государствахъ или не имѣющемъ его ни въ одномъ, то съ точкой зрѣнія подданства нельзя сдѣлать ничего, и необходимо перейти отъ нея на точку зрѣнія мѣстожительства [11]).

---

[9]) *Savigny*, § 359; *Thöl*, Einleitung § 78; *Windscheid* § 35; *Dernburg*, I § 46; *Seuff.* XXVIII 188 и мотивы; RGE. VIII Nr. 37, стр. 146. XIV Nr. 43, стр. 184, XX Nr. 79, стр. 352. Bayer., Ldr I 2 § 17, Preuss. Ldr. Einl. § 23—27, 34.

[10]) *Bar*, Intern. PR. 1 Aufl. § 30 Krit. VJSchr. XV стр. 18, Holtzendorffs, Encykl. 4 A. стр. 686 и сл., 5 A. стр. 731; Verhandl. des XVIII Deutschen Juristentags I стр. 95 и сл., Handb. I стр. 263 и сл., Lehrb. § 10.— De lege ferenda *Stobbe* § 30 прим. 5 и *Mommsen*, указ. соч., стр. 152 и сл.; *Bähr*, Iher. Jahrb. XXI стр. 355 и сл.; Verh. des XVIII Deutschen Juristentags I, стр. 82 и сл., *Seuff.* XXXI 104, XXXII 2, Oesterr. GB. § 34, Sächs. GB. § 7, WO. Art. 84, CPO. § 53.

[11]) Спорно. См. *Kahn*, стр. 69 и сл.

VII. Отношеніе между партикулярными правами въ одномъ и томъ же государствѣ опредѣляется тѣми же основными положеніями [12]). Личный статутъ обусловливается здѣсь мѣстожительствомъ.

VIII. Въ настоящее ученіе пробивается нерѣдко мысль, что юридическія отношенія, устанавливаемыя путемъ юридической сдѣлки, должны быть подчинены тому праву, которому ихъ желали подчинить стороны. Въ основѣ этой мысли лежитъ большое смѣшеніе понятій [13]). Положительное право подчиняетъ лица и ихъ отношенія своему господству совершенно независимо отъ ихъ выбора. Стороны свободны въ установленіи однихъ лишь фактическихъ предположеній для примѣненія извѣстнаго права, — въ выборѣ мѣстожительства, мѣстопребыванія, мѣста совершенія, — исполненія договоровъ и т. д. Какое право, затѣмъ, будетъ примѣняться къ нимъ, это рѣшаетъ господствующая надъ ними власть, правовой порядокъ. Правда, стороны могутъ согласиться между собою въ томъ, чтобы ихъ договорныя отношенія, напримѣръ, супружескія имущественныя отношенія обсуждались по какому-нибудь мѣстному праву, напримѣръ, ансбахскому провинціальному праву. Но этимъ не расширяется область господства ансбахскаго

---

[12]) *Bar*, Handb. I § 35, гдѣ указана и дальнѣйшая литература. Ср. также § 39 прим. 4.

[13]) Даже *Савиньи* не свободенъ отъ этого. Напр., VIII, стр. 110—113, 203, 248, 328. Осторожнѣе *Wächter*, Würt. PR. II стр. 90 и сл. Рѣшительно противъ этого *Thöl*, Einl. § 85, прим. 1. *Unger*, I стр. 180, прим. 79; *Bar*, Handb. I стр. 94 II стр. 3—6. Много вреда дѣлаетъ эта ложная идея судебнымъ рѣшеніямъ и даже рѣшеніямъ высшихъ судовъ. Вмѣсто многихъ, RGE. XXIV Nr. 31, стр. 44 съ мотивами. Правильно RGE. XII Nr. 8, стр. 36 и сл. XXIII Nr. 6, стр. 33, хотя и тутъ, на стр. 34, мы встрѣчаемся съ однимъ довольно сомнительнымъ оборотомъ рѣчи.

провинціальнаго права, а приводится къ договорному типу то регулированіе даннаго отношенія, которое въ ансбахскомъ правѣ имѣетъ свое юридическое основаніе въ законѣ. Этимъ путемъ можно принять въ руководство и содержаніе уже отмѣненнаго права [14]).

Въ дальнѣйшемъ изложеніи примѣненіе права въ условіяхъ мѣста будетъ прослѣжено въ главныхъ элементахъ гражданскихъ правоотношеній.

III. Примѣненіе.

§ 33.

а. Право и дѣеспособность *).

Согласно господствующему взгляду, правоспособность и дѣеспособность стоятъ одинаково подъ дѣйствіемъ личнаго статута (§ 32 VI) [1]). Но если принять во вниманіе, что размѣръ правоспособности опредѣляется нравственными и политическими соображеніями, тогда какъ ограниченія дѣеспособности покоятся существеннымъ образомъ на заботахъ о личности, то нетрудно убѣдиться, что установленіе права по мѣсту его дѣйствія въ томъ и другомъ случаѣ не можетъ быть просто однимъ и тѣмъ же.

I. Въ отношеніи правоспособности слѣдуетъ различать юридическое положеніе лица, взятое само по

---

[14]) RGE. XVI Nr. 27 стр. 135.

*) *Savigny* VIII § 362—365; *Bar*, Handb. I § 129—154, и Lehrb. § 14 — 16; *Stobbe* § 30.

[1]) *Savigny* VIII, стр. 140; *Windscheid* § 35, прим. 1 и др.; Preuss. Lor. Einl. § 23; Sächs. GB § 7. Противъ *Bar*, уже въ первомъ изданіи Handbuch § 42 и теперь во 2-мъ изд. I стр. 390 и слѣд.

себѣ, отъ способности къ пріобрѣтенію извѣстныхъ правъ или принятію на себя извѣстныхъ юридическихъ обязанностей.

1. Юридическое положеніе лица само по себѣ,— все равно, имѣемъ ли мы дѣло, въ качествѣ субъекта права, со свободнымъ, рабомъ, дворяниномъ, корпораціей или учрежденіемъ, — опредѣляется личнымъ статутомъ. Но и здѣсь примѣняется часто свое право, исключающее всякое чужое (§ 32 V). Такъ, напримѣръ, нѣмецкій судья не можетъ и для иностранцевъ признать рабство, крѣпостное состояніе, гражданскую смерть [2]).

2. Когда рѣчь идетъ о способности пріобрѣсти извѣстное право, напримѣръ, поземельную собственность, отеческую власть, опеку, наслѣдство, то примѣняется тотъ законъ, которымъ регулируется данное правоотношеніе. Иностранецъ-еврей можетъ въ Германіи стать поземельнымъ собственникомъ даже въ томъ случаѣ, если право того государства, подданнымъ котораго онъ состоитъ, не признаетъ за нимъ этой способности. И вопросъ о наслѣдованіи юридическихъ лицъ, безвѣстно-отсутствующихъ и т. д., разрѣшается по законамъ, регулирующимъ наслѣдственное право (§ 38) [3]).

II. Сужденіе о томъ, слѣдуетъ-ли и насколько слѣдуетъ защищать лицо отъ опасностей, грозящихъ его дѣятельности въ юридическомъ оборотѣ, должно основываться скорѣе всего на томъ положительномъ правѣ, которому это лицо, само по себѣ, подчинено.

---

[2]) *Bar*, Handb. I § 145—148.

[3]) *Bar*, Handb. I, стр. 391, 623, 626, II § 366, 367.

Отсюда нужно заключить, что дѣеспособность лица опредѣляется его личнымъ статутомъ, все равно, гдѣ бы оно ни совершало юридическія дѣйствія — на родинѣ или въ чужой странѣ [4]). Это имѣетъ силу и относительно основаній дѣеспособности: возраста, здоровья, пола, наложенія опеки за расточительность [5]).

Нельзя отрицать, что неограниченное примѣненіе приведеннаго правила было бы небезопасно для оборота, особенно если принять во вниманіе нѣкоторыя ограниченія дѣеспособности при вступленіи въ извѣстныя обязательства, какъ напримѣръ, по векселю, денежному займу, интерцессіи. Справедливость и правильно понятые интересы оборота требуютъ, чтобы при извинительномъ заблужденіи одной стороны относительно особаго ограниченія дѣеспособности другой стороны это ограниченіе не принималось въ соображеніе, если только оно основано на иностранномъ личномъ статутѣ [6]).

Дѣеспособность опредѣляется личнымъ статутомъ даннаго момента, такъ что обсужденіе ея можетъ измѣняться съ измѣненіемъ подданства или мѣстожительства. Впрочемъ, изъ соображеній справедливости допускается, что разъ пріобрѣтенная общая дѣеспособность не утрачивается вслѣдствіе постано-

---

[4]) *Bar*, Handb. I, стр. 394, принимаетъ для этого правила обычное право, обнимающее весь европейскій континентъ. Инаго направленія держится англо-американская юриспруденція.

[5]) Ср. для этого *Seuff.* XXXIII 315.

[6]) *Bar*, Handb. I § 143, гдѣ указана и дальнѣйшая литература. Признано это и въ WO. Art. 84, даже безъ соображенія объ извинительномъ заблужденіи кредитора. RGE. XV Nr. 4, стр. 11 (Seuff. XLI 133).

вленій новаго личнаго статута, если этотъ послѣдній отличается отъ прежде дѣйствовавшаго [7]).

§ 34.

b. Форма юридическихъ сдѣлокъ *).

Юридическія сдѣлки служатъ лишь способами проявленія (Durchbruchspunkte) юридическихъ отношеній или измѣненія этихъ отношеній. Форма же есть элементъ юридической сдѣлки. Отсюда слѣдуетъ само собою, что форма юридической сдѣлки опредѣляется правомъ того мѣста, которому подчинено устанавливаемое, измѣняемое или отмѣняемое правоотношеніе.

Между тѣмъ, согласно общему обычному праву, большинство юридическихъ сдѣлокъ сохраняетъ силу при соблюденіи формы, предписываемой закономъ мѣста совершенія этихъ сдѣлокъ. Эта мысль и выражается положеніемъ: locus regit actum, которымъ имѣется въ виду облегчить оборотъ: на мѣстѣ совершенія сдѣлки не всегда можно узнать форму, требуемую тѣмъ закономъ, которому эта сдѣлка подчинена сама по себѣ. Поэтому, участники сдѣлки имѣютъ выборъ между формой, предписываемой на

---

[7]) Такъ же *Savigny* VIII, стр. 168 (впрочемъ, на ошибочномъ основаніи, будто пріобрѣтаемая самостоятельность имѣетъ «вполнѣ природу пріобрѣтеннаго права»); *Bar*, Hdb. I 149 n. 2; *Stobbe* § 30, прим. 26—29. Это признано и для прусск. ландрехта (*Koch*, Komm. Einl. § 23) и для авст. права (Unger. § 23 пр. 6), и въ бавар. практикѣ (*Seuff.* XVI 185).

*) *Savigny* VIII § 381, 382; *Bar*, Handb. I § 117—128 и Lehrb. § 12; *Kahn*, Iher. Jahrb. XXX стр. 47 и сл.

мѣстѣ ея совершенія, и формой того права, которое имѣетъ рѣшающее значеніе для матеріальной стороны сдѣлки [1]).

Встрѣчаются, однако, исключенія. Для юридическихъ сдѣлокъ, устанавливающихъ или отмѣняющихъ права на вещи, какъ на недвижимыя, такъ согласно вѣрному взгляду, также и на движимыя, — исключительно обязательна та форма, которая предписана правомъ, опредѣляющимъ вещное правоотношеніе [2]). Противоположное этому постановленіе и съ такимъ же исключительнымъ дѣйствіемъ содержитъ въ себѣ вексельный уставъ, Art. 86.

Тамъ, гдѣ дѣйствуетъ правило: locus regit actum, нельзя видѣть обходъ закона, и нельзя подъ этимъ предлогомъ считать опороченными и недѣйствительными юридическія сдѣлки въ томъ случаѣ, когда участвующія въ сдѣлкѣ лица переносятъ совершеніе ея въ область дѣйствія другаго права, требующаго болѣе легкой формы, и когда такое перенесеніе предпринимается сторонами именно въ виду облегченій въ формѣ. Тутъ нѣтъ попытки изъять тотъ или другой составъ фактовъ изъ-подъ дѣйствія подлежащаго закона; напротивъ, тутъ мы имѣемъ дѣло съ установленіемъ такого фактическаго отношенія, которое подчиняется съ самаго начала господству другаго закона [3]).

---

[1]) Доказательство этого обычнаго права у *Wächter*, Civ. Arch. XXV стр. 368 и сл., 405 и сл. Изъ практики *Seuff.* XXXVII 1; RGE. IX Nr. 43, стр. 176 (интерцессія), XIV Nr. 43, стр. 184 (отмѣна завѣщанія) XVIII Nr. 8, стр. 46 (дареніе); *Seuff.* XLII 214 (заключеніе брака) WO. Art. 85, Preuss. Ldr. I 5 § 111, Sächs. GB. § 9.

[2]) *Savigny* VIII стр. 183 и сл.; *Bar*, Handb. I 119, 227; *Seuff.* XIV 207, XXIII 103. Этому не противорѣчитъ и RGE. I Nr. 119, стр. 323.

[3]) *Thöl*, Einl. § 84 прим. 9 съ § 65; *Bar*, Handb. I § 122, 168, 175; *Seuff.* X 122. Иной случай у *Seuff.* XIX. 6.

При заключеніи договоровъ между отсутствующими нѣтъ одного опредѣленнаго мѣста совершенія такихъ договоровъ. Если эти договоры содержатъ въ себѣ одностороннее обязательство или отчужденіе, то для дѣйствительности ихъ достаточно соблюсти ту форму, которая предписывается правомъ, дѣйствующимъ на мѣстѣ выраженія обязывающейся воли [4]). При двустороннихъ обязательственныхъ договорахъ правило: locus regit actum — требуетъ того, чтобы каждое выраженіе воли отвѣчало тѣмъ предписаніямъ о формѣ, которыя содержитъ законъ, дѣйствующій на мѣстѣ каждаго даннаго выраженія обязывающей себя воли [5]).

§ 35.

c. Вещныя права *).

Опредѣленнѣе, чѣмъ гдѣ-либо, связь права съ мѣстомъ его примѣненія выступаетъ въ правахъ на вещи. Тутъ все рѣшается положеніемъ вещи. Правоотношенія, имѣющія предметомъ вещь, подчиняются закону того мѣста, гдѣ лежитъ вещь (lex rei sitae) [1]). Это положеніе для правоотношеній на недвижимыя вещи было признано издавна. Напротивъ, права на

---

[4]) *Seuff.* XXXV 89 (дареніе).

[5]) *Bar,* Handb. I стр. 361; *Stobbe* § 33 прим. 11. Иного мнѣнія *Савиньи* VIII, стр. 235: рѣшающее значеніе должно принадлежать закону того мѣста, откуда акцептантъ отсылаетъ выраженіе своего согласія на сдѣланное ему предложеніе. Почему?

*) *Savigny* VIII § 366—368; *Bar,* Handb. I стр. 593—660 и Lehrb. § 29, 30.

[1]) Нѣкоторыя законодательства усвоили оспариваемый въ текстѣ взглядъ. Preuss. Ldr. Einl. § 28, Oesterr. GB. § 300. Относительно вытекающихъ отсюда затрудненій *Kahn,* указ. соч., стр. 81 и сл.

движимости подчиняли прежде личному статуту управомоченнаго, такъ какъ движимости сопровождали управомоченнаго всюду и являлись какъ бы простымъ придаткомъ къ его личности (mobilia personam sequuntur, ossibus inhaerent). Однако, такое положеніе въ отношеніи личности занимаютъ далеко не всѣ движимости, а различать большую и меньшую степень ихъ «придаточности» прямо невозможно. Равно и подчиненіе личному статуту управомоченнаго рождаетъ безчисленныя затрудненія. Поэтому lex rei sitae дѣйствуетъ и по отношенію къ правамъ на движимыя вещи [2]).

Однако, нужно замѣтить слѣдующее.

1. Для подчиненія движимой вещи праву даннаго мѣста, она должна имѣть здѣсь свое постоянное пребываніе, свое мѣсто назначенія. Такого положенія не будетъ, когда какая-нибудь вещь соприкасается съ данной областью права лишь мимоходомъ, напримѣръ при пересылкѣ товаровъ, въ саквояжѣ путешественника, въ экипажѣ, на суднѣ [3]).

2. Что касается вліянія перемѣны мѣста на подчиненіе вещи тому или иному праву, то слѣдуетъ различать двоякаго рода условія. Условія возникновенія вещнаго права продолжаютъ обсуждаться по закону того мѣста, гдѣ вещь находилась во время установленія права. Напротивъ, условія продолженія права приходится обсуждать по закону мѣстонахожденія вещи въ каждый данный моментъ. Собствен-

---

[2]) Согласны съ этимъ *Savigny*, *Bar*, *Stobbe*, RGE. VIII Nr. 28, стр. 113, Bayer. Ldr. I 2 § 17, Sächs. GB. § 10.

[3]) *Savigny* VIII стр. 178; *Bar*, Handb. I стр. 606 и сл., оба приводятъ основанія, не заслуживающія одобренія. *Seuff.* XXIV 102, XXVIII 2 (ROHG. XIV Nr. 14, стр. 82).

ность на лошадь, пріобрѣтенная на основаніи французскаго права безъ передачи владѣнія, не утрачивается, если эта же лошадь попадаетъ въ область дѣйствія германскаго общаго права, требующаго для пріобрѣтенія собственности передачи владѣнія. Напротивъ, право залога на движимость, устанавливаемое по общему праву путемъ простаго договора, прекращается съ перенесеніемъ этой движимости въ область прусскаго ландрехта, если при этомъ залоговой кредиторъ не владѣетъ ею, такъ какъ прусское право и для продолженія залога на движимость требуетъ владѣнія [4]).

Юридическія свойства вещи (способность къ обороту, движимость, замѣнимость и др.) обсуждаются по законамъ тѣхъ правоотношеній, для которыхъ эти свойства имѣютъ значеніе, — напримѣръ, по законамъ, опредѣляющимъ вещное право, имущественныя отношенія супруговъ и т. д.

§ 36.

d. Обязательства [*]).

I. Обязательства изъ договоровъ и одностороннихъ обѣщаній. Здѣсь возможны разнообразныя отношенія по мѣсту: мѣсто возникновенія, мѣсто исполненія договора, мѣсто жительства каждой стороны,

---

[4]) *Wächter*, Civ. Arch. XXV стр. 386 и сл.; *Savigny* VIII стр. 197 (отклонясь въ обоснованіи); *Bar*, Handb. I стр. 612, 614; *Seuff.* XVI 1, XVII 111, XXXI 194.

[*]) *Savigny* VIII § 369—374; *Bar*, Handb. II § 247—316 и Lehrb. § 31—34; *Mommsen*, Civ. Arch. LXI, стр. 172—176; *Stobbe* § 33.

мѣсто постояннаго веденія дѣлъ (Geschäftsniederlassung), мѣсто судебнаго осуществленія.

Эти и, можетъ быть, еще другія точки соприкосновенія договора съ извѣстнымъ мѣстомъ должны быть изслѣдованы для того, чтобы можно было рѣшить вопросъ о подчиненіи договора праву того или другаго мѣста. Нигдѣ сужденіе по одному какому-либо шаблону не было бы такъ опасно, какъ здѣсь.

1. Мѣсто судебнаго осуществленія можетъ опредѣлять собой подлежащее примѣненію право лишь настолько, насколько процессуальное право этого мѣста содержитъ въ себѣ абсолютное и исключающее всякое другое предписаніе для обсуждаемаго отношенія (§ 32, V).

2. Мѣсто возникновенія обязательства по договору опредѣляется, по общему правилу, случайными обстоятельствами и составляетъ для содержанія обязательства внѣшній моментъ. Оно не можетъ дать отвѣта на вопросы, которые разрѣшаются по соображеніи внутреннихъ моментовъ даннаго отношенія. Не представляютъ исключенія изъ этого правила и тѣ обязательства, которыя заключаются дѣловыми людьми на ярмаркѣ, рынкѣ, биржѣ, или путешественниками, посѣтителями минеральныхъ водъ и т. д. для непосредственнаго удовлетворенія ежедневныхъ потребностей на дорогѣ, на мѣстахъ купанія и т. п. Подчиненіе этихъ обязательствъ праву того мѣста, гдѣ они заключены, основано не на соображеніи о мѣстѣ ихъ возникновенія, а на томъ обстоятельствѣ, что исполненіе въ этомъ мѣстѣ требуется характеромъ и направленіемъ самой сдѣлки.

3. Въ болѣе тѣсной связи съ содержаніемъ обяза-

тельства стоитъ мѣсто его исполненія. Это — та арена, на которой обязательство, по общему правилу, развертываетъ всѣ свои силы. На этомъ основаніи Савиньи построилъ положеніе, по которому мѣстомъ исполненія указывается право, опредѣляющее содержаніе обязательства, и это положеніе, по крайней мѣрѣ, въ судебной практикѣ имѣло рѣшительный успѣхъ [2]). Рѣшающее значеніе имѣетъ мѣсто исполненія для обязательствъ, предметомъ которыхъ служитъ доставленіе недвижимыхъ вещей, такъ какъ мѣсто исполненія указывается въ этихъ случаяхъ самой природой дѣйствія, а не избирается произвольно. Рѣшающее значеніе мѣсто исполненія имѣетъ и для обязательствъ, упомянутыхъ въ заключеніи п. 2, гдѣ рѣчь шла о мѣстѣ возникновенія обязательствъ. Напротивъ, при другихъ обязательствахъ мѣсто исполненія не играетъ рѣшающей роли, по крайней мѣрѣ, въ томъ, что касается главнаго содержанія, обязательства. Впрочемъ, и тутъ нѣкоторыя опредѣленія подчиняются опять закону мѣста исполненія [3]) договора. Таковы, напримѣръ,

---

[2]) *Seuff.* XXXVII 3 и мотивы, однородно и прежній высшій имперскій коммерческій судъ, ср. ROHG. XXIV Nr. 49 стр. 181 и мотивы; также Reichsgericht, ср. RGE. I Nr. 30 стр. 61, VI Nr. 33 стр. 131, XII Nr. 8 стр. 35, XX Nr. 74 стр. 335, XXIV Nr. 21 стр. 114. За мѣсто исполненія Sächs. GB. § 11 и *Böhlau,* Meckl. Ldr. 1 § 74. Большинство писателей высказались противъ *Savigny Thöl,* Einl. § 85; *Windscheid* § 35; *Bar,* Handb. II стр. 9 и сл.; *Mommsen,* указ. соч.; *Stobbe* § 33. *Wächter,* Civ. Arch. XXV стр. 42 и сл., стоитъ также на другой точкѣ зрѣнія.

[3]) HGB. Art. 336. Тутъ находится ключъ къ правильному пониманію знаменитыхъ споровъ о купонахъ, которые были разрѣшены нѣмецкими судами противъ австрійскихъ желѣзно-дорожныхъ обществъ. Опредѣленіемъ мѣста платежа въ Германіи, Франціи и Англіи долговое отношеніе не было еще предоставлено

опредѣленія, устанавливающія время платежа — весна, осень, пасхальная ярмарка, — мѣру, вѣсъ, монетную единицу, родъ монеты и т. д.

4. Центръ тяжести обязательства лежитъ въ должникѣ: онъ долженъ исполнить обязательство. Участіе кредитора даже не всегда требуется и, во всякомъ случаѣ, по своему значенію отступаетъ далеко передъ дѣятельностью должника. Поэтому, естественно, что, при отсутствіи другихъ точекъ опоры, обязательство обсуждается съ матеріальной стороны по праву, дѣйствующему въ мѣстѣ жительства должника [4]). При обязательствахъ изъ торговыхъ сдѣлокъ мѣсто производства торговли заступаетъ собою мѣстожительство купца. Рѣшающее значеніе имѣютъ мѣстожительство и мѣсто постояннаго веденія дѣлъ во время возникновенія обязательства; позднѣйшее перемѣщеніе лица или предпріятія остается безъ вліянія на опредѣленіе права, по которому должна обсуждаться сдѣлка. При взаимныхъ обязательствахъ обязанности каждой стороны обсуждаются по праву ея мѣстожительства или мѣста веденія дѣлъ. Но въ силу двусторонней (синал-

---

дѣйствію иностраннаго права: такое мѣсто платежа было solutionis causa adjectus въ противоположномъ римскому понятію смыслѣ. Но должникъ молчаливо обѣщалъ производить уплаты въ иностранной валютѣ и, притомъ, безъ всякаго вниманія къ существующимъ въ Австріи валютнымъ отношеніямъ. Разсчитывать на привлеченіе иностраннаго капитала можно было только при этомъ условіи. Рѣшенія нѣмецкихъ судовъ правильны въ результатѣ, но не всегда правильно мотивированы. Ср. *Keyssner*, Z. f. HR. XXVII стр. 512—597; *Bekker*, Ueber die Couponprozesse der österr. Eisenbahngesellsch. (1881); *Hartmann*, Civ. Arch. LXV стр. 147 и сл.: Internationale Geldschulden (1882); *Bar*, Handb. II, стр. 48—55.

[4]) Также *Thöl*, *Bar*, *Windscheid*, *Mommsen*, *Stobbe*, который колеблется только признать это правиломъ.

лагматической) природы взаимнаго обязательства, это послѣднее, вообще, не возникаетъ, если сдѣлка оказывается недѣйствительной, хотя бы, только для одной договаривающейся стороны, по праву ея мѣста жительства [5]).

Обязательства изъ побочныхъ договоровъ, заключенныхъ между главными сторонами (о процентахъ [6]) договорномъ штрафѣ [7]) и др.), подчиняются тому же праву, которому подчинено главное обязательство. Напротивъ, поручительство обсуждается независимо отъ права, дѣйствующаго относительно главнаго обязательства [8]).

II. Обязательства, возникающія непосредственно въ силу закона. — Сюда принадлежатъ какъ тѣ обязательства, которыя законъ связываетъ съ незапрещеннымъ имъ дѣйствіемъ (добровольное веденіе чужихъ дѣлъ) или съ извѣстнымъ правоотношеніемъ (напримѣръ, съ родствомъ), такъ равно и обязательства, возникающія изъ недозволенныхъ дѣйствій и другихъ подобныхъ имъ отношеній.

1. Посредствомъ добровольнаго веденія чужихъ дѣлъ лицо, ведущее эти дѣла, обязываетъ себя по закону того мѣста, гдѣ оно вступило въ чужую имущественную сферу, тогда какъ хозяинъ этихъ дѣлъ обязывается къ вознагражденію по закону своего мѣстожительства [9]).

---

[5]) *Bar*, Handb. II стр. 15. Договоръ страхованія имперскій судъ обсуждаетъ по праву мѣста жительства страхователя. *Seuff.* XLVII 2, ср. *Bar* II стр. 148 и сл.

[6]) ROHG. XVI Nr. 5 стр. 15 (*Seuff.* XXXI 95); не вѣрно RGE. XIV Nr. 12 стр. 131. Объ ограниченіяхъ %%овъ *Bar* II стр. 17.

[7]) ROHG. XVI Nr. 5 стр. 15.

[8]) *Bar* II стр. 109.

[9]) *Seuff.* XXVI 217; *Bar* II § 288, 286.

Отвѣтственность за неосновательное и, въ то же время, непредосудительное пріобрѣтеніе имущества (condictio indebiti, c. causa data causa non secuta) обсуждается по закону мѣстожительства пріобрѣтателя, а отвѣтственность за предосудительное пріобрѣтеніе имущества (condictio ob turpem causam, c. ex injusta causa) — по закону мѣста совершенія пріобрѣтательнаго дѣйствія.

Обязательства, возникающія изъ отношеній семейственнаго права, должны быть обсуждаемы по личному статуту обязаннаго лица.

2. Обязательства, возникающія изъ недозволенныхъ дѣяній и имѣющія предметомъ возмѣщеніе ущерба, опредѣляются правомъ мѣста совершенія недозволеннаго дѣянія [10]).

Гражданское наказаніе (Privatstrafe) за недозволенное дѣйствіе, совершенное за границей, можетъ

---

[10]) Многіе писатели (*Wächter* XXV стр. 392 и сл.; *Savigny* VIII стр. 278; *Windscheid* § 35 прим. 6 и приведенные тамъ же писатели высказываются за законъ того мѣста, гдѣ ведется процессъ, такъ какъ предписанія права о послѣдствіяхъ деликтовъ имѣютъ исключительную природу. Имъ слѣдуетъ *Seuffert* III 135, IX 1, XI 3, XXV 115. Но этотъ взглядъ придаетъ слишкомъ большое значеніе деликтному моменту въ притязаніи о возмѣщеніи ущерба. Ср. *Bar*, Hdb. II стр. 116 и *Stobbe* § 33 прим. 34; RGE. VII Nr. 116 стр. 378; *Seuff.* XL 20, XLVII 3 (RG. по поводу отвѣтственности за неосновательно произведенный арестъ; *Seuff.* II 118, XXXI 196 по поводу отвѣтственности передъ забеременѣвшей женщиной, въ принципіальномъ отношеніи сюда подходитъ и I 153, IX 247, XXX 222 Nr. I); ROHG. XXIII Nr. 60 стр. 175 по поводу отвѣтственности предпринимателя за деликты поставленныхъ имъ служащихъ. Относительно права, которое слѣдуетъ примѣнять къ обсужденію отвѣтственности за столкновеніе судовъ, судебныя рѣшенія расходятся. ROHG XXIV Nr. 26 стр. 85 (законъ родной гавани), RGE. XIX Nr. 2 стр. 9 (законъ мѣста, гдѣ идетъ процессъ).

быть признано лишь тогда, когда это дѣйствіе наказуемо какъ по закону страны, которой принадлежитъ правонарушитель, такъ и по закону мѣста совершенія недозволеннаго дѣйствія; но и въ этомъ случаѣ, при различіи размѣра штрафа, взыскивается только наименьшій [11]).

Вопросъ объ обязательствахъ, возникающихъ изъ подобныхъ деликтамъ событій, разрѣшается по законамъ того мѣста, гдѣ эти событія наступили [12]).

Въ случаѣ правонарушеній, совершенныхъ черезъ письма, телеграммы, произведенія печати, мѣстомъ совершенія дѣйствія считается то, откуда послѣдовало отправленіе [13]).

III. Уступка права требованія основывается на общихъ положеніяхъ, опредѣляющихъ подчиненіе извѣстной сдѣлки извѣстному праву. Но вліяніе уступки (цессіи) на уступленное право требованія обсуждается по тому праву, которому подчинено это право требованія. Сюда входятъ, слѣдовательно, вопросы о передаваемости обязательства, объ ограниченіи, введенномъ lex Anastasiana, о положеніи должника въ отношеніи цедента и цессіонарія [14]).

---

[11]) Взгляды расходятся: *Savigny*, *Bar*, указ. соч.; *Stobbe* § 83 прим. 36.

[12]) RGE. XII Nr. 1 стр. 6; *Seuff.* XLIV 161. Сюда относится отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за поврежденіе лицъ во время эксплоатаціи.

[13]) *Bar* II стр. 120; *Seuff.* III 215. Практика имперскаго суда оставляетъ желать многаго. RGE. XIX Nr. 37 стр. 383, XXIII Nr. 65 стр. 306, XXVII Nr. 113 стр. 419. Объ этомъ *Kahn*, Iher. Jahrb. XXX стр. 118 и сл.

[14]) *Seuff.* I 402. RGE. XIV Nr. 58 стр. 239 (lex Anast.; иное мнѣніе у *Savigny* VIII стр. 277); RGE. XX Nr. 25 стр. 235 (недопустимость цессіи). Ср. также *Seuff.* XXXVIII 91. Отклоняется *Seuff.* XI 110, 111 и сл. Обстоятельно *Bar* II стр. 79 и сл.

IV. Тотъ фактъ, что матеріальное притязаніе снабжается искомъ, составляетъ качество матеріальнаго притязанія, часть его дѣйствія. Поэтому во всемъ, что касается возникновенія и продолженія исковаго права, это послѣднее подчиняется тому закону, которымъ нормируется правоотношеніе, лежащее въ основаніи исковаго притязанія. Въ прежнее время былъ распространенъ взглядъ, по которому давность притязанія опредѣляется закономъ того мѣста, гдѣ ведется процессъ, такъ какъ давность есть, какъ будто, процессуальное учрежденіе. Это предположеніе ошибочно [15]).

§ 37.

c. Отношенія семейственнаго права *).

I. Способность къ *сговору* и послѣдствія этого отношенія опредѣляются личнымъ статутомъ каждаго изъ помолвленныхъ. Такъ, напримѣръ, обязанность къ вознагражденію за ущербъ, проистекающій отъ нарушенія сговора, опредѣляется личнымъ статутомъ виновнаго. Изъ этого правила существуетъ исключеніе. Именно, обязанность къ вознагражденію отпадаетъ, когда личный статутъ другаго

---

[15]) Со времени опроверженія этого взгляда *Wächter*'омъ XXV стр. 408 и сл. и *Savigny* VIII стр. 273, онъ вытѣсненъ въ Германіи какъ изъ теоріи, такъ и изъ практики. И въ положительномъ правѣ господствуетъ точка зрѣнія, защищаемая въ текстѣ. *Seuff.* XXXVII 3 и мотивы; RGE. IX Nr. 60 стр. 226 и мотивы. Равнымъ образомъ *Bar* II стр. 99 и сл., однако, съ нѣкоторымъ ограниченіемъ. Отклоняется *Grawein*, Verjährung und gesetzliche Befristung стр. 200 и сл., утверждая, что рѣшающее значеніе принадлежитъ всегда закону мѣста жительства должника.

*) *Savigny* VIII § 379, 380; *Bar*, Handb. I § 155—219 и Rehrb. § 17—28; *Mommsen*, Civ. Arch. LXI стр. 180—192, *Stobbe* § 34.

помолвленнаго не устанавливаетъ такого юридическаго послѣдствія [1]). О формѣ въ § 34.

II. *Бракъ*. А. *Заключеніе брака*.

1. Въ отношеніи формы заключенія брака примѣняются установленныя выше общія правила (§ 34). Бракъ будетъ по формѣ дѣйствительно заключеннымъ тогда, когда соблюдена форма, предписанная или закономъ мѣста совершенія брака, или личнымъ статутомъ мужа во время совершенія брака. Впрочемъ, германскій имперскій законъ 6 февр. 1875 г. въ § 41 предписываетъ, въ качествѣ исключительной формы для всѣхъ браковъ, совершаемыхъ въ Германской Имперіи, безъ различія между подданными и иностранцами, заключеніе брака передъ должностнымъ лицомъ, завѣдующимъ актами гражданскаго состоянія (Standesamt). На браки германскихъ подданныхъ за границей этотъ законъ не распространяется [2]).

2. Что касается матеріальныхъ предположеній заключенія брака, разсматриваемыхъ обыкновенно съ отрицательной стороны, въ смыслѣ препятствій къ браку, то слѣдуетъ различать [3]):

---

[1]) Такъ съ полнымъ основаніемъ *Bar*, Handb. I стр. 479. Правило это признано и у *Seuff*. VI 306, въ то время какъ RGE. XX Nr. 74 стр. 334, хочетъ имѣть въ виду то мѣсто, въ которомъ помолвленные желали начать супружескую жизнь. Всегда ли такое мѣсто имѣется заранѣе въ виду? Исключительное соображеніе lex fori было усвоено *Seuff*. V 136 и Sammlung der Entscheid. des bayer. oberst. G. Hofs VII стр. 1, X стр. 55.

[2]) *Seuff*. XLII 214. По имперскому закону 4 мая 1870 (RGBl. 1870 стр. 599) за-границей могутъ быть уполномочены на содѣйствіе при заключеніи браковъ германскими подданными дипломатическіе представители или консулы имперіи. О заключеніи браковъ нѣмцами въ Турціи RGE XXVII Nr. 24 стр. 101.

[3]) Текстъ слѣдуетъ за *Bar*, Handb. I § 160.

a. Условія, установленныя въ виду защиты опредѣленныхъ лицъ, обсуждаются по личному статуту каждаго изъ вступающихъ въ бракъ; таковы: дѣеспособность брачущагося (въ особенности, такъ называемая, брачная зрѣлость), согласіе третьихъ лицъ (родителей, опекуновъ), дѣйствіе угрозы, обмана, заблужденія [1]), соблюденіе, такъ называемаго, траурнаго періода (защита nasciturus), недопустимость брака между малолѣтнимъ и опекуномъ или дѣтьми этого послѣдняго и др.

b. Препятствія къ браку, основанныя на соображеніяхъ о личности или вѣроисповѣданіи брачущихся, опредѣляются по закону той мѣстности, гдѣ бракъ долженъ обнаружить свое дѣйствіе, т. е. по личному статуту мужа во время заключенія брака; таковы: близкое родство, второй бракъ разведенныхъ, бракъ между разведеннымъ за нарушеніе супружеской вѣрности и соучастникомъ его вины, votum solenne и др. Тѣмъ не менѣе, должностное лицо, завѣдующее актами гражданскаго состоянія, не должно оказывать содѣйствіе заключенію такого брака, который законами его страны считается преступной связью.

Б. *Послѣдствія брака.*

1. Личное положеніе супруговъ по отношенію другъ къ другу опредѣляется личнымъ статутомъ каждаго изъ нихъ въ данный моментъ. Этимъ же статутомъ рѣшается допущеніе дареній между супругами.

2. Вліяніе брака на имущественныя отношенія су-

---

[1]) Иначе RGE. XXIII Nr. 74 стр. 334: мѣсто жительства супруговъ,

пруговъ, такъ называемое, имущественное право супруговъ стоитъ подъ господствомъ личнаго статута мужа во время заключенія брака и, притомъ, во все продолженіе брака, такъ что измѣненія личнаго статута въ теченіе брака остаются безъ вліянія на имущественныя отношенія супруговъ. Впрочемъ, независимость имущественнаго права супруговъ отъ такихъ измѣненій сильно оспаривается [5]). При рѣшеніи этого вопроса нужно принять во вниманіе слѣдующее. Перемѣна мѣстожительства (напр., офицера, чиновника) подвергала бы имущественное право супруговъ постояннымъ колебаніямъ: оно было бы даже предоставлено произволу мужа, который могъ бы всегда искать самаго благопріятнаго для себя имущественнаго права, мѣняя для этого подданство или мѣстожительство. Конечно, въ неизмѣнности имущественнаго права супруговъ, несмотря на измѣненія въ личномъ статутѣ, есть опасность для третьихъ лицъ, оказывающихъ кредитъ одному изъ супруговъ, не зная, что ихъ имущественныя отношенія подчинены какому-нибудь чужестранному праву, совсѣмъ исключающему или ограничивающему отвѣтственность другаго супруга. Но такая

---

[5]) Доказательства у *Teichmann*, Ueber die Wandelbarkeit und Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts bei Wohnsitzwechsel (1879); *Bar*, Handb. I стр. 515 прим. 37; *Stobbe* § 34 прим. 18. Признаніе неизмѣнности теперь преобладаетъ въ теоріи (*Wächter*, *Savigny*, *Bar*, *Unger*, *Stobbe*, *Teichmann*, *Roth*, *Dernburg*; отклоняется *Windscheid* § 35 прим. 11; *Mommsen*, указ. соч. стр. 183) практика *Seuff.* XXXVII 319 прим., RGE. VI Nr. 62 стр. 223, XII Nr. 17 стр. 309, *Seuff.* XLIII 196 RG.). Несостоятельно обоснованіе правильнаго взгляда ссылкой на то, что супруги молчаливо согласились подчинить свое имущественное право личному статуту начальнаго момента. Такое предположеніе — фикція,

опасность существуетъ и при регулированіи имущественныхъ отношеній по договору; противъ нея въ обоихъ случаяхъ надо бороться особыми мѣрами [6]).

В. *Прекращеніе брака.* Вопросы о томъ, какія событія прекращаютъ супружеское отношеніе (напр. объявленіе смерти), какія обосновываютъ притязанія о расторженіи брака, разрѣшаются для не-нѣмцевъ закономъ ихъ отечества, а для нѣмцевъ — закономъ мѣстожительства супруговъ [7]) и, притомъ, въ обоихъ случаяхъ—закономъ того времени, когда наступило событіе, служащее основаніемъ для прекращенія или расторженія брака [8]). Этими законами опредѣляются и родъ расторженія (разрушеніе самого брака или раздѣленіе отъ стола и ложа)

---

[6]) Preuss. Ldr. II 1 § 426 съ 352; RGE. XII Nr. 77 стр. 310, *Seuff* XIV 198. Дальнѣйшія доказательства у *Stobbe* § 34 пр. 26.

[7]) *Bähr*, Iher. Jahrb. XXI стр. 387 и сл.; *Seuff.* XXXI 104. Нѣкоторые исходятъ изъ того взгляда, что положенія права объ основаніяхъ расторженія брака дѣйствуютъ исключающимъ всѣ другія положенія образомъ, почему судья въ этихъ вопросахъ можетъ примѣнять только законы своей страны. *Savigny* VIII стр. 337; *Seuff.* XXXIII 96, XLI 1, RGE. IX Nr. 48 стр. 191, XVI Nr. 38 стр. 138. Однако, такого значенія не имѣетъ, во всякомъ случаѣ, напримѣръ, вопросъ, служитъ или нѣтъ сумасшествіе одного изъ супруговъ основаніемъ къ расторженію брака.

[8]) И тутъ существуютъ отклоняющіеся взгляды; послѣдовательны тѣ, которые приписываютъ нормамъ о расторженіи брака исключительное дѣйствіе, а также *Bar*, Hdb. I стр. 486. Рѣшаетъ дѣло то, пострадалъ ли супружескій союзъ отъ даннаго событія въ силу личнаго статута того времени, когда это событіе имѣло мѣсто. Послѣдующее измѣненіе подданства или мѣста жительства не можетъ ни лишить это событіе юридическаго значенія, ни сообщить ему таковое. Иначе стали бы возможны предосудительные поступки, какъ это мы и видимъ въ случаѣ, сообщаемомъ въ RGE. XVI Nr. 28 стр. 138.

и юридическія послѣдствія расторженія [9]). Правда, § 77 имперскато закона 6 февр. 1875 г. получилъ толкованіе, согласно которому нѣмецкіе суды и въ дѣлахъ о расторженіи браковъ между иностранцами въ правѣ дѣлать постановленія о прекращеніи брака лишь въ смыслѣ разрушенія самого брачнаго союза [10]), но правильность подобнаго толкованія основательно оспаривается [11]).

III. Отношеніе между родителями и дѣтьми.

1. *Рождены ли* дѣти *въ бракѣ* — это зависитъ, прежде всего, отъ юридическаго существованія брака между лицами, произведшими ихъ на свѣтъ. Объ этомъ — въ п. II-мъ. Прочіе вопросы, имѣющіе рѣшающее значеніе для рожденія въ бракѣ, напримѣръ, презумпція объ отцѣ ребенка, рожденнаго въ бракѣ,— опредѣляются личнымъ статутомъ мужа матери дѣтей во время рожденія послѣднихъ.

Вопросъ о пріобрѣтеніи лицомъ качества рожденнаго въ бракѣ путемъ *легитимаціи* рѣшается по личному статуту отца во время легитимаціи; а когда о послѣдней ходатайствуютъ послѣ смерти отца, то — по его послѣднему личному статуту.

Въ то время, какъ легитимація даетъ дѣтямъ то, чего съ самаго ихъ рожденія слѣдовало желать въ ихъ интересѣ, усыновленіе произвольно измѣняетъ юридическое положеніе дѣтей и, можетъ-быть, даже ухудшаетъ его. Правила о допущеніи усыновленія

---

[9]) *Seuff.* XXXII 203, XXXIII 97, XXXVIII 1, XL 293. Иначе RGE V Nr. 54, 194.

[10]) RGE. III Nr. 9 стр. 27, XI Nr. 9 стр. 28, *Seuff.* XLII 1.

[11]) *Bähr*, Iher. Jahrb. XXI стр. 390.

установлены въ интересѣ дѣтей и потому должны быть почерпнуты изъ ихъ же личнаго статута [12]).

2. Юридическое *дѣйствіе* отношеній между родителями и дѣтьми стоитъ подъ господствомъ личнаго статута родителей въ томъ состояніи, въ которомъ онъ представляется въ каждый данный моментъ. То же относится и къ связанному съ этими отношеніями праву на имущество дѣтей. Нѣкоторые утверждаютъ, что здѣсь должно быть принято продолженіе того правоотношенія, которое возникло при рожденіи дѣтей или при пріобрѣтеніи соотвѣтствующаго предмета въ имуществѣ [13]). Однако, мы не видимъ тутъ основанія отступать отъ общаго правила, а аналогія имущественнаго права супруговъ не примѣнима [14]). Напротивъ, справедливѣе тотъ порядокъ, при которомъ разъ полученная эмансипація изъ-подъ родительской власти ставится независимо отъ дѣйствія ея въ различныхъ областяхъ права. Впрочемъ, за это говоритъ справедливость, а не защита пріобрѣтенныхъ правъ, такъ какъ самостоятельность въ семейственномъ правѣ не есть какое-либо право (§ 6).

3. Юридическое положеніе дѣтей, *рожденныхъ внѣ брака,* въ отношеніи ихъ матери и родственниковъ послѣдней опредѣляется личнымъ статутомъ матери. Споренъ вопросъ о законѣ, которому должны быть подчинены притязанія дѣтей противъ сожителя ихъ матери. На законѣ мѣста, гдѣ происходитъ это сожитіе, останавливаются тогда, когда юридическое основаніе такихъ притязаній усматриваютъ въ де-

---

[12]) *Bar*, Handb. I 199.

[13]) *Bar*, Handb. I стр. 552; *Roth* § 51 пр. 74; Samml. civilr. Entsch. des bayer. obersten Gerichtshofs III стр. 465.

[14]) *Savigny* VIII стр. 338; *Unger* I стр. 195; *Stobbe* § 34 пр. 32.

ликтѣ [15]). Но это разсужденіе несостоятельно. Внѣбрачное сожитіе представляетъ собою безнравственное, а не недозволенное правомъ дѣяніе. Вѣрнѣе считать притязанія дѣтей противъ сожителя матери основанными на родствѣ, которое допускается самимъ закономъ, какъ послѣдствіе сожитія [16]). Изъ этого представленія вытекаетъ само собою обсужденіе притязаній дѣтей по личному статуту матери, который является для нихъ опредѣляющимъ [17]), — и, притомъ, по личному статуту матери во время самаго сожитія [18]). Отсюда дѣлается исключеніе для того случая, когда законъ мѣста, въ которомъ возбужденъ процессъ, отказывается допускать притязанія изъ внѣбрачнаго сожитія [19]). Такимъ предписаніемъ исключается примѣненіе другаго права.

---

[15]) *Seuff.* IX 247 (Plenarurtheil des OAG. München XXIV 103).

[16]) О литературѣ *Windscheid* § 475 Nr. 18, который самъ защищаетъ точку зрѣнія деликта. Противъ этого *Brinz* 2 A. III § 492 Nr. 17 и сл.

[17]) *Stobbe* § 34 прим. 33; *Dernburg*, Preuss. PR. I § 26 прим. 6; *Seuff.* III 254; RGE. V Nr. 45 стр. 175. Отклоненія: a) рѣшающее значеніе принадлежитъ всегда закону мѣста процесса, такъ какъ относящіяся сюда предписанія права имѣютъ строго принудительный характеръ. *Savigny* VIII стр. 279 и сл.; *Seuff.* XIV 196; *Sächs.* GB. § 12, — что можетъ быть признано вѣрнымъ лишь въ ограниченной степени (прим. 19); b) личный статутъ причинившаго беременность. *Unger* § 23 прим. 144; здѣсь упускается изъ виду, что центръ тяжести данныхъ предписаній права лежитъ въ заботахъ о дѣтяхъ; c) притязаніе можетъ быть основано какъ на личномъ статутѣ матери, такъ и на законѣ мѣста сожитія. *Bar*, Handb. § 204—207. Для привлеченія послѣдняго закона нѣтъ достаточныхъ основаній.

[18]) *Bar*, Handb. I стр. 558; *Roth* § 51 пр. 84; прусская практика *Seuff.* XII 333, XXXII 3. Напротивъ *Stobbe* § 34 пр. 33 и *Dernburg* Preuss. PR. III § 68 прим. 10 указываютъ на время рожденія и этимъ даютъ возможность забеременѣвшей опереться на болѣе выгодный для нея личный статутъ.

[19]) Code civ. art. 340; Sächs. GB. § 1552.

Обязанность родственниковъ сожителя обсуждается по ихъ личному статуту [20]).

Притязанія о вознагражденіи со стороны беременной опредѣляются по закону мѣста сожитія [21]).

IV. *Опека* имѣетъ цѣлью заботу о малолѣтнемъ. Поэтому условія наступленія и продолженія опеки, способность опекуна, содержаніе его обязанностей, правоотношеніе между опекуномъ и малолѣтнимъ — нормируются личнымъ статутомъ малолѣтняго. Напротивъ, къ принятію опеки каждый обязывается только по своему личному статуту. Для иностранцевъ личный статутъ опредѣляется подданствомъ, для туземцевъ — мѣстомъ жительства. Съ перемѣной подданства погашается обязанность государства, осуществляющаго верховный надзоръ за опекой, въ отношеніи этого надзора, тогда какъ подчиненность этому же надзору, имѣющая свое основаніе въ мѣстѣ жительства, не прекращается и съ перемѣной послѣдняго [22]).

§ 38.

f. Наслѣдственное право *).

I. При обсужденіи наслѣдованія стоятъ одна противъ другой двѣ системы. По одной изъ нихъ, наслѣдованіе для всего имущества — едино, по другой — имущество разбивается на извѣстныя массы, именно,

---

[20]) *Bar*, Hdb. I стр. 562; *Seuff.* XXX 222 II, XXXI 1; иначе XXX 222 I.

[21]) Но не потому, чтобы сожитіе было деликтомъ. *Seuff.* XIX 212, XXXI 196.

[22]) *Bar*, Hdb. I 208—218.

*) *Savigny* VIII § 375—378; *Bar*, Handb. § 362—387 и Lehrb. § 42—43; *Stobbe* § 34 Nr. X и XI.

на движимости и недвижимости, и каждая масса слѣдуетъ своему собственному порядку наслѣдованія. Первая есть система общаго или генеральнаго наслѣдованія, вторая — система спеціальнаго наслѣдованія [1]). Первая представляетъ собою римскую систему, вторая принадлежитъ германскимъ законодательствамъ. Но и въ Германіи система генеральнаго наслѣдованія получила преобладаніе, спеціальное же наслѣдованіе удержалось лишь для извѣстныхъ замкнутыхъ въ себя совокупностей имуществъ (ленныя, родовыя, крестьянскія имущества, семейные фидеикоммиссы).

Такъ какъ имущество объединяется въ лицѣ своего хозяина, то судьба наслѣдства опредѣляется личнымъ статутомъ наслѣдодателя и, притомъ, его послѣднимъ личнымъ статутомъ. Это положеніе касается всего наслѣдства, гдѣ бы ни находились его отдѣльные предметы, и въ чемъ бы ни заключались они — въ движимостяхъ или недвижимостяхъ. Единственное исключеніе изъ этого правила принимается лишь для извѣстныхъ совокупностей имуществъ, наслѣдованіе которыми регулируется закономъ ихъ мѣста нахожденія [2]).

Для иностранцевъ личный статутъ опредѣляется ихъ отечествомъ, а не мѣстомъ жительства. То же

---

[1]) Это противоположеніе не покрывается универсальнымъ и сингулярнымъ преемствомъ. *Heusler*, Institutonen des Deutschen Privatrechts II § 175—177.

[2]) Въ этомъ пунктѣ нѣмецкая доктрина и практика единодушны. *Savigny* VIII стр. 295 и сл.; *Bar*, Handb. II стр. 300 и сл.; *Seuff.* XXIII 4 и мотивы. RGE XX Nr. 79 стр. 352; Sächs. GB. § 17; новѣйшая прусская юриспруденція у *Dernburg*, Preuss. PR. I § 27 прим. 8. Иначе въ Австріи, гдѣ личный статутъ примѣняется только къ движимости. *Unger* I стр. 200.

должно было бы имѣть силу и для наслѣдованія, естественный корень котораго лежитъ въ семейномъ союзѣ, и гдѣ личная связь имѣетъ больше значенія, чѣмъ территоріальная[3]). Между тѣмъ, нѣмецкая практика и, отчасти, доктрина твердо держатся противоположнаго взгляда[4]).

II. Слѣдующіе отдѣльные пункты заслуживаютъ особаго упоминанія:

1. Способность къ наслѣдованію, какъ видъ правоспособности, опредѣляется закономъ, которымъ вообще регулируется наслѣдованіе (§ 33 I); слѣдовательно, по общему правилу, она опредѣляется послѣднимъ личнымъ статутомъ наслѣдодателя. Однако, призванный долженъ быть способенъ обладать имуществомъ по своему личному статуту, а не быть простымъ орудіемъ для пріобрѣтенія въ пользу другихъ, такъ какъ иначе предоставленіе наслѣдства по закону наслѣдственнаго преемства не достигало бы своей цѣли[5]). Иностранныя юридическія лица не могутъ обладать у насъ способностью наслѣдо-

---

[3]) *Mommsen*, Civ. Arch. LXVI стр. 178; *Bähr* Verhandl. des XVIII Dtsch. Iuristentages I стр. 92; *Bar*, Handb. II стр. 309. Новые трактаты между государствами также усвоиваютъ себѣ принципъ отечественнаго права. RGBl. 1875 стр. 142, 1882 стр. 118, 1883 стр. 69, 1886 стр. 226.

[4]) *Seuff.* XIV 107, RGE. VIII Nr. 37 стр. 146, XIV Nr. 43 стр. 183; *Savigny* VIII стр. 95 и сл., 295 и сл.; *Stobbe* § 34 прим. 40a, Sächs. GB. § 17.

[5]) Этотъ вопросъ возникаетъ въ случаѣ наслѣдованія монашествующихъ, которые пріобрѣтаютъ всё въ пользу монастыря. Взгляды по этому трудному вопросу расходятся. *Bar* II § 367; *Stobbe* § 34 прим. 52, 53. Еще далѣе отклоняются *Savigny* VIII. стр. 313 и *Seuff.* XV 119 (будто все рѣшается однимъ личнымъ статутомъ наслѣдника). Противъ *Seuff.* VI 308 RGE. XXV Nr. 30 стр. 143.

ванія, выводимой только изъ того, что ею надѣлены подобныя же имъ туземныя корпораціи и учрежденія [6]).

2. Способность къ совершенію завѣщанія должна быть налицо по личному статуту наслѣдодателя какъ въ моментъ составленія завѣщанія, такъ и въ моментъ смерти. Цѣлесообразность этого требованія не нуждается въ поясненіяхъ для тѣхъ основаній неспособности къ совершенію завѣщаній, корень которыхъ лежитъ въ неспособности лица вообще распоряжаться своимъ имуществомъ по завѣщанію (это такъ называемыя правовыя основанія завѣщательной неспособности) [7]). Но то же имѣетъ силу и въ отношеніи неспособности совершать завѣщаніе по недостатку естественной дѣеспособности (юношескій возрастъ, душевная болѣзнь, состояніе опеки за расточительство) [8]), такъ какъ эта неспособность устанавливается въ защиту не завѣщателя, а законнаго наслѣдника. Поэтому, непризнаніе наслѣдственнымъ закономъ (послѣдній личный статутъ наслѣдодателя) способности къ совершенію завѣщанія не стѣсняетъ законнаго наслѣдованія, и, съ другой

---

[6]) *Bar* II стр. 313.

[7]) Сюда принадлежитъ по общему праву завѣщательная неспособность подвластныхъ лицъ въ семьѣ (по римскому праву также — перегриновъ, еретиковъ, отступниковъ). Неправильно представлять себѣ способность къ совершенію завѣщанія только какъ видъ дѣеспособности. *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I стр. 250. Правовыя основанія завѣщательной неспособности находятся теперь въ процессѣ исчезновенія. *Stobbe* V § 303.

[8]) Инаго мнѣнія *Savigny* VIII стр. 312. Ср., однако, *Bar* II § 369. Въ RGE. XIX Nr. 59 стр. 315, лишеніе зрѣлости по расточительству не причислено къ такимъ основаніямъ завѣщательной неспособности, которыя основаны на естественномъ недостаткѣ.

стороны, недѣйствительное по данному личному статуту завѣщаніе не дѣлается дѣствительнымъ отъ перемѣщенія территоріи права.

Содержаніе завѣщанія опредѣляется послѣднимъ личнымъ статутомъ наслѣдодателя, такъ какъ оно обнаруживаетъ свое дѣйствіе лишь со смертью наслѣдодателя [9]). Тотъ же статутъ рѣшаетъ вопросъ о дѣйствительности отмѣны завѣщанія и о положеніи исполнителя завѣщанія [10]).

3. То, что сказано о завѣщаніяхъ, относится равнымъ образомъ и къ наслѣдственнымъ договорамъ, включая сюда и отказъ отъ наслѣдства [11]).

4. Наслѣдованіе по закону и необходимое наслѣдованіе управляются также послѣднимъ личнымъ статутомъ наслѣдодателя.

5. Тѣмъ же закономъ рѣшаются вопросы объ открытіи и родѣ пріобрѣтенія наслѣдства и легатовъ [12]). Никто не можетъ быть обязанъ передъ наслѣдственными кредиторами и легатаріями единственно на основаніи предписанія личнаго статута наслѣдодателя [13]), если не имѣло еще мѣста обнаруженіе воли направленной на пріобрѣтеніе наслѣдства.

---

[9]) *Bar* II § 374; *Seuff* XLVI 267 (RG.).

[10]) *Bar* II § 379, *Seuff* XXXVIII 202 RGE. XIV Nr. 43 стр. 184 XXVI Nr. 74 стр. 382.

[11]) *Bar* II § 380, 381, RGE. VIII Nr. 37 стр. 147.

[12]) Напримѣръ, допущеніе пріобрѣтенія черезъ представителя *Seuff* VI 307; далѣе, можетъ ли быть пріобрѣтено кредиторами наслѣдство, которое достается должнику, состоящему подъ конкурсомъ? *Seuff*. XXXVIII 88 и мотивы.

[13]) *Bar* II стр. 343; *Seuff*. XLV 160.

Г. *Дѣйствіе нормъ гражданскаго права во времени* *).

§ 39.

1. Основныя черты.

I. Отношеніе новаго положенія права къ прежнему праву опредѣляется, въ общемъ, правиломъ: lex posterior derogat priori («позднѣйшимъ закономъ отмѣняется болѣе ранній») (§ 18). Изъ этого правила не слѣдуетъ, однако, чтобы прежнее положеніе права, долженствующее уступить новому, лишалось на будущее время всякаго дѣйствія, или, выражаясь практически, чтобы оно не могло болѣе примѣняться въ судахъ. Возможно, что тѣ дѣйствія, упущенія и состоянія, которыя имѣли мѣсто ранѣе появленія новаго закона, останутся подъ господствомъ прежняго права. Если, напримѣръ, новый законъ устраняетъ правило «Kauf bricht Miethe» (купля-продажа уничтожаетъ наемъ), то спрашивается, примѣнимъ ли этотъ законъ къ отношенію найма, возникшему ранѣе его появленія, и можно ли обсуждать по это-

*) *Bergmann*, Das Verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818), все еще полезное, благодаря содержащемуся во 2-й книгѣ собранію положительныхъ нормъ. *Savigny* VIII, стр. 368—540; *Scheurl*, Beiträge zur Bearbeitung des römisch. Rechts I стр. 137—148 (1858); *Lassalle*, Das System der erworbenen Rechte, Theil I: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze (1860, 2-е изданіе или скорѣе перепечатка 1880); *Gabba*, Teoria della retroattività delle leggi 4 tom. 1868—1874, 2 изд. съ 1884; *Rintelen*, Ueber den Einfluss neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Rechtsverhältnisse (1877); *Göppert*, Das Prinzip «Gesetze haben keine rückwirkende Kraft», издано послѣ смерти автора (и снабжено дополненіями) *Eck*'омъ, перепечатано въ Iher. Jarhb. XXII 1—206 (1884); *Pfaff und Hofmann*, Exkurse z. Kommentar. z. allg. bürg. GB. I стр. 112—350, 361—377 (1889, удачная обработка ученія съ критическимъ обзоромъ литературы).

му же закону куплю-продажу, заключенную также ранѣе того времени, когда новый законъ вступилъ въ силу?

Отношеніе между прежнимъ и новымъ правомъ въ примѣненіи къ явленіямъ, уже существующимъ при появленіи новаго закона, называютъ, обыкновенно, коллизіей законовъ; это названіе неудачно, такъ какъ коллизія существуетъ здѣсь не въ дѣйствительности, а только въ сознаніи обсуждающаго эту дѣйствительность лица. Во всякомъ случаѣ, нельзя говорить объ ученіи, имѣющемъ предметомъ коллизію законовъ, когда дѣло идетъ объ установленіи нормальныхъ границъ господства юридическихъ нормъ въ отношеніи времени[1]).

II. Естественными точками опоры для рѣшенія поставленныхъ выше вопросовъ служатъ: цѣли положеній права вообще, особенности того положенія права, о которомъ въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь, природа жизненнаго отношенія и того событія, регулированіе котораго составляетъ цѣль спорнаго положенія права. Въ отдѣльныхъ случаяхъ могутъ вліять и другія обстоятельства. Но какъ бы значительны ни были всѣ эти вліянія, законодатель не связанъ такимъ, можно сказать, естественнымъ регулированіемъ. Хотя онъ не можетъ сдѣлать случившееся неслучившимся и господствовать своими приказами надъ прошлымъ[2]), но онъ можетъ съ успѣхомъ повелѣть,

---

[1]) И это вовсе не точное выраженіе, такъ какъ дѣло идетъ здѣсь о господствѣ въ отношеніи предмета, къ которому только примѣшивается моментъ времени. Pfaff und *Hoffmann*, указ. соч. стр. 348. Впрочемъ, въ виду удобства этого выраженія, оно можетъ быть терпимо.

[2]) Лишь въ этомъ смыслѣ обратное дѣйствіе законовъ можетъ быть названо невозможностью, напримѣръ *Brinz* § 21 прим. 10.

чтобы судьи примѣняли впредь только новый законъ, если бы даже обсужденію ихъ подлежали ранѣе возникшія отношенія и прошлыя событія[3]). Это онъ можетъ, — но во многихъ случаяхъ только цѣною тяжелаго поврежденія, если не неисцѣлимаго разстройства существующихъ правовыхъ состояній. Подобнаго намѣренія нельзя предполагать у законодателя. Поэтому намѣченная выше естественная и «нормальная мѣра» дѣйствія закона имѣетъ важное значеніе для опредѣленія границъ дѣйствующаго права.

III. Изъ предшествующаго вытекаютъ слѣдующія практическія правила:

А. Если право извѣстной страны заключаетъ въ себѣ ясныя предписанія объ отношеніи новаго закона къ существующимъ уже отношеніямъ и событіямъ, то этимъ самымъ оно указываетъ и примѣненію права руководящее начало, отъ котораго нельзя отклоняться. Подобныя положительныя предписанія отличаются различнымъ объемомъ дѣйствія: они разсчитаны то на всѣ законы, выходящіе въ данной области права[4]), то на какой-нибудь опредѣленный родъ законодательства, все равно, будетъ ли это отдѣльный законъ или цѣлое законодательство; въ послѣднемъ случаѣ, то дѣлается ссылка на особый

---

[3]) Благодаря смѣшенію положительнаго дѣйствія права съ требованіями законодательной политики не разъ (напримѣръ, *Іассалемъ*) утверждалось противное. Правильно *Göppert*, указ. соч. стр. 39 и сл., 59 и сл.

[4]) C. 7 de legib 1,14: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cantum sit. Согласно съ этимъ и cap. 13 X de constit. 1, 2. Preuss. Ldr. Einleit. § 14—20. Oester. GB. § 5, Sächs. GB. 2, 3, Code civ. art. 2. Въ нѣкоторыхъ странахъ подобное опредѣленіе внесено и въ основные государственные законы. *Göppert*, указ. соч. стр. 30 и сл.

законъ, которымъ объявляется о введеніи новаго законодательства въ силу (Publicationspatent)[5]), то указанныя предписанія вносятся въ самое законодательство — это, такъ называемыя, «переходящія» (transitorische) опредѣленія[6]).

Однако, правилъ, установленныхъ положительнымъ законодательствомъ, оказывается иногда недостаточно для разрѣшенія всѣхъ разнообразныхъ вопросовъ, возбуждаемыхъ отношеніемъ новаго закона къ имѣющимся уже налицо фактамъ. При такомъ положеніи дѣла слѣдуетъ:

Б. обратиться къ внутреннимъ основаніямъ для разграниченія дѣйствія разновременныхъ положеній права (п. II). Руководящія точки зрѣнія ведутъ въ различныхъ частяхъ права (гражданское право, уголовное, процессъ и т. д.) къ различнымъ результатамъ. Для гражданскаго права получаются слѣдующія правила:

1. Каждое жизненное отношеніе и каждое фактическое событіе тотчасъ же опредѣляются въ своемъ юридическомъ значеніи существующимъ при ихъ возникновеніи правомъ, при чемъ нѣкоторыя отношенія остаются юридически безразличными, другія получаютъ юридическій образъ и снабжаются юридическими послѣдствіями. Вообще, всякое право удовлетворяетъ потребности своего времени, отвѣчаетъ данной степени культуры народа. Поэтому, не слѣдуетъ никогда предполагать, чтобы законъ

---

[5]) Einf. — Gs. къ CPO. § 18—23, къ KKO. § 3 Abs. 4 § 8—13. Publikationsverordnung къ Sächs. GB. v. 2 Jan. 1863 § 4—27.

[6]) Имперскій законъ о коммандитныхъ товариществахъ на акціяхъ 11 іюня 1870 г. § 2—5, объ авторскомъ правѣ на литературныя произведенія § 58—60 и др.

примѣнялся къ тому, что наступило до его появленія; тѣмъ менѣе это возможно тогда, когда законъ предуказываетъ норму поведенію людей. Отсюда слѣдуетъ, что новый законъ долженъ указывать мѣру и цѣль только будущимъ событіямъ; выражая эту же мысль съ отрицательной стороны, мы можемъ сказать, что *новые законы не примѣняются къ прошедшимъ событіямъ.*

Это правило мы находимъ выраженнымъ въ правѣ всѣхъ народовъ, принадлежащихъ западно-европейской культурѣ [7]); оно формулируется большей частью такъ: законы не имѣютъ обратнаго дѣйствія. Но что значитъ обратное дѣйствіе? На этотъ вопросъ отвѣчали самымъ различнымъ образомъ, но все безуспѣшно [8]). Поэтому понятіе обратнаго дѣйствія лучше всего оставить въ сторонѣ.

Непримѣнимость новыхъ законовъ къ прошедшимъ событіямъ означаетъ обсужденіе этихъ событій по праву, дѣйствовавшему во время ихъ наступленія; слѣдовательно, такая непримѣнимость имѣетъ значеніе какъ признанія тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя возникли при господствѣ прежняго права, такъ и отрицанія тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя не могли возникнуть при господствѣ того же права [9]).

Примѣненіе этого правила просто, когда прихо-

---

[7]) Ср. цитаты въ прим. 4 и къ нимъ *Göppert*, стр. 14—35. Absurdum enim esset — говорится въ Nov. 66 c. 1 § 4 i. f. — id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti. Относительно c. 7 de legib. 1, 14 ср. *Rintelen*, указ. соч. стр. 19 и сл. *Seuff.* XII 119.

[8]) Это относится и къ новѣйшей остроумной попыткѣ *Göppert*, стр. 108 и сл. Ср. *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I стр. 341 и сл.; также стр. 125 и сл.— и Kommentar I стр. 157.

[9]) *Seuff.* XLIII 254.

дится обсуждать юридически событіе, состоящее въ какомъ-либо единичномъ дѣйствіи (моментальные акты воли, напримѣръ, заключеніе договора купли-продажи, дереликція вещи, совершеніе деликта).

Когда же составъ фактовъ, съ которымъ связывается извѣстное юридическое послѣдствіе, образуется изъ нѣсколькихъ событій, отдѣленныхъ другъ отъ друга во времени (сложное событіе), тогда дѣло затрудняется. Данное юридическое послѣдствіе обсуждается въ этихъ случаяхъ по закону, дѣйствующему при наступленіи послѣдняго изъ стоящихъ между собою въ извѣстной связи событій, каковы, напримѣръ, установленіе приданаго до брака и заключеніе брака, или — совершеніе завѣщанія, смерть наслѣдодателя и вступленіе въ наслѣдство. Но одно изъ нѣсколькихъ событій можетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, представлять собою и законченное цѣлое, напримѣръ, актъ установленія приданаго, совершеніе завѣщанія. Насколько это имѣетъ мѣсто, настолько данное событіе обсуждается по праву, дѣйствующему во время его наступленія[10]).

Если данными фактами устанавливается состояніе, простирающееся на извѣстный періодъ времени (длящееся событіе), то это состояніе созрѣваетъ для права только тогда, когда оно заканчивается; а потому и обсуждается оно по праву, дѣйствующему именно въ это время[11]).

2. Указанное правило имѣетъ цѣлью защитить юридическія послѣдствія, вызванныя прежнимъ состояніемъ права, — но оно никакъ не обезпечиваетъ

---

[10]) Достойный упоминанія случай у *Seuff.* XLVI 167.

[11]) Родственный случай въ RGE. XXV Nr. 39 стр. 191.

того, чтобы правоотношенія, возникшія при господ ствѣ прежняго закона, вызывали и по изданіи новаго закона тѣ же послѣдствія, какими они сопровождались при дѣйствіи прежняго права, — такъ какъ послѣдствія этихъ правоотношеній въ новое время составляютъ уже новое событіе. Если, напримѣръ, выходитъ законъ, который ограничиваетъ, сравнительно съ прежнимъ правомъ, пользованіе узуфруктуарія, то изъ правила, изложеннаго въ п. 1, слѣдуетъ, что для времени до появленія новаго закона объемъ узуфрукта опредѣляется прежнимъ правомъ; но изъ этого правила отнюдь не слѣдуетъ того, что узуфруктъ и впредь сохранитъ прежній объемъ [12]).

Изложенное правило не защищаетъ возникшихъ при господствѣ прежняго права и застигнутыхъ новымъ правомъ отношеній отъ дѣйствія новыхъ фактовъ, подпадающихъ подъ власть новаго закона Если, напримѣръ, законъ вводитъ начало «Kauf bricht Miethe», то признаніе для новаго пріобрѣтателя вещи необязательнымъ найма, заключеннаго при дѣйствіи противоположнаго начала, не есть вовсе примѣненіе закона къ прошедшимъ фактамъ [13])

---

[12]) Ошибочно *Savigny* VIII, стр. 384, и *Seuff.* XXXI 332 въ концѣ. Правильно, *Scheurl*, ук. соч., стр. 139 и сл.

[13]) Сюда относится спорный вопросъ между прусскимъ высшимъ судомъ (Entsch. d. Otr. LXXV стр. 15) и имперскимъ судомъ (RGE. II Nr. 84 стр. 323) относительно примѣненіи прусскаго закона о пріобрѣтеніи поземельной собственности 5 мая 1872 г. къ такимъ записямъ въ поземельныя книги (Auflassungen), которыя были совершены послѣ 1 окт. 1872 г. лицами, занесенными въ эти книги ранѣе этого момента, въ качествѣ собственниковъ. Основательно оспаривалъ имперскій судъ то, чтобы подчиненіе указанныхъ записей новому закону представляло собою обратное дѣйствіе послѣдняго. Однако, примѣненіе новаго закона этимъ еще не оправдывается. Противъ него говорятъ: защита существовавшей

Но если такое примѣненіе новаго закона не содержитъ въ себѣ нарушенія указаннаго правила, то во многихъ случаяхъ подобнаго же примѣненія новаго закона мы все же чувствуемъ опасное колебаніе нормальной жизни права, оставленіе основательныхъ ожиданій безъ удовлетворенія и разочарованіе въ прочности и надежности права. За исходную точку мы можемъ принять то положеніе, что ни одинъ законъ не становится намѣренно въ противорѣчіе съ настоятельными требованіями справедливости и цѣлесообразности. Поэтому, къ разобранному выше правилу примѣненія законовъ въ условіяхъ времени присоединяется второе: *юридическія послѣдствія правоотношеній, возникшихъ при дѣйствіи того или другаго закона, равно какъ и воздѣйствіе на эти отношенія измѣняющихъ и уничтожающихъ ихъ событій, обсуждаются по тому праву, подъ господствомъ котораго эти правоотношенія возникли, если только новый законъ не разсчитанъ исключительно на то, чтобы ввести улучшеніе въ состояніе существующихъ правоотношеній* [14]).

Это правило чаще формулируется такъ: новые законы не должны затрогивать пріобрѣтенныя права [15]). Однако, понятіе «пріобрѣтенныхъ правъ» слишкомъ еще неопредѣленно для того, чтобы на

до этого собственности противъ нарушенія и обезпеченіе послѣдующаго пріобрѣтенія собственности. За послѣднее стоитъ основательно *Rintelen* въ прим. *) указ. соч., противъ *Paris*, Ueber die rückwirkende Kraft des Eigenthumserwerbsgesetzes. (1880).

[14]) *Seuff.* XIX 3, XXI 91, XXXV 322, XXXVIII 162. RGE. VI Nr. 36 стр. 147, XXVII Nr. 1 стр. 1. Сомнительно *Seuff.* XXXV 321.

[15]) *Savigny* VIII стр. 373, 384 и сл.; *Puchta* § 111 въ концѣ; *Stobbe* § 27 прим. 11 и др.

немъ можно было построить практическое правило [16]). Напримѣръ, надежда на пріобрѣтеніе, основанная на условной юридической сдѣлкѣ (spes debitum iri), не можетъ быть названа пріобрѣтеннымъ правомъ, и, однакоже, она пользуется защитой противъ нарушенія со стороны позднѣйшаго закона. Во всякомъ случаѣ, виды на пріобрѣтеніе права или на улучшеніе юридическаго положенія, опирающіеся единственно на дѣйствующее право [17]), не застрахованы отъ дѣйствія новаго закона, — такъ же какъ не застрахованы отъ него и обезпеченныя закономъ привилегіи на какое-нибудь будущее право [18]). То же нужно сказать, наконецъ, и объ юридической возможности, вытекающей изъ какого-либо общаго правоваго состоянія, напримѣръ, полномочіе частныхъ лицъ къ выпуску бумагъ на предъявителя.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ рѣчь идетъ о защитѣ правоотношеній противъ приведенія ихъ въ худшее положеніе, чѣмъ то, въ какомъ они находились при дѣйствіи прежняго закона. Поэтому ограниченіе, присоединенное въ концѣ вышеизложеннаго правила, оправдывается тѣмъ принципомъ толкованія, который выраженъ въ L. 25 de

---

[16]) Преодолѣть эту трудность не удалось даже острому уму Лассаля, хотя вся его книга посвящена пріобрѣтеннымъ правамъ. Пріобрѣтенными Лассаль называетъ тѣ права, которыя кто-либо «усвоилъ» («verseinigt hat») индивидуальной дѣятельностью своей воли. О прямо удивительныхъ случаяхъ подобнаго «усвоенія» слѣдуетъ прочесть въ самой книгѣ. Ср. благосклонную критику *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I, стр. 125 и сл. Ихъ собственный взглядъ въ Komm. I стр. 158 и Exkurse I стр. 130—138. О *Savigny*; *Lassalle* и *Gabba* ср. также *Göppert*, стр. 90—100.

[17]) Напримѣръ, виды на законный порядокъ наслѣдованія RGE. II Nr. 93 стр. 356.

[18]) Напримѣръ, законъ о такъ наз. moratorium, *Seuff.* IV 199.

legib. 1,3. Настоящаго улучшенія не можетъ быть признано тамъ, гдѣ въ правоотношеніи стоятъ двѣ стороны, изъ которыхъ только одна выигрываетъ отъ примѣненія новаго закона, тогда какъ другая теряетъ [19]).

3. Обѣ руководящія точки зрѣнія, обоснованныя въ предыдущемъ, заимствованы изъ обычныхъ свойствъ законовъ, какъ равно и упорядочиваемыхъ ими отношеній. Уклоненія, встрѣчающіяся въ тѣхъ или другихъ, ведутъ къ особому отношенію новаго закона къ существующимъ правамъ. Короче, изложенныя положенія содержатъ въ себѣ только общія правила, изъ которыхъ могутъ существовать исключенія. Чаще встрѣчаются слѣдующія исключенія:

а. Изъ правила, что новые законы не имѣютъ вовсе примѣненія къ прошлымъ фактамъ, составляютъ исключенія:

аа. Законы, которые носятъ юридическую природу аутентическаго толкованія (§ 27 V). Подобные законы имѣютъ въ виду не ввести что-либо новое, а только устранить сомнѣніе въ содержаніи существующаго права. Отсюда ихъ природѣ соотвѣтствуетъ то, чтобы истолкованное ими положеніе права примѣнялось въ судахъ въ истолкованномъ смыслѣ даже тогда, когда подлежащіе обсужденію факты возникли до появленія аутентической интерпретаціи [20]), и даже тогда, когда аутентическая

---

[19]) Примѣръ настоящаго улучшенія представляетъ удлиненіе срока защиты авторскаго права противъ контрафакціи.

[20]) Nov. 19 praef. Nov. 143 praef. Bayer. Ldr. I 1 § 8, Preuss. Ldr. Einl. § 15, Oester. GB. § 8, Sächs. GB. § 3. Противъ обратнаго дѣйствія высказались de lege lata *Bremer*, Jahrb. des gem. deutsch. Bechts II стр. 241 и сл., de lege ferenda *Göppert*, указ. соч. стр. 180 и

интерпретація издана уже во время нахожденія спорнаго дѣла въ апелляціонной или ревизіонной инстанціи [21]). Но дѣло, которое при появленіи аутентическаго разъясненія закона было окончательно разрѣшено,— въ формѣ ли исполненія, или рѣшенія, вошедшаго въ законную силу, или мировой сдѣлки, или договорнаго признанія, — не можетъ быть уже оспариваемо на основаніи такого разъясненія [22]).

bb. Законъ, который объявляетъ какую-нибудь юридическую сдѣлку недѣйствительной за ея безнравственность, имѣетъ въ виду запретить судьѣ защиту какихъ бы то ни было послѣдствій, возникающихъ изъ этой сдѣлки, все равно, будетъ ли, при этомъ, итти дѣло объ осуществленіи прежнихъ или новыхъ ея послѣдствій [23]).

b. Изъ правила, что послѣдствія юридическаго отношенія не могутъ быть измѣнены новымъ закономъ во вредъ участвующимъ въ немъ лицамъ, существуютъ слѣдующія исключенія:

aa. Если законъ измѣняетъ правовой институтъ,

сл.; *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I стр. 373 и сл., не приводя убѣдительныхъ основаній.

[21]) Безъ достаточнаго основанія противъ распространенія на ревизіонную инстанцію *Göppert* стр. 162.

[22]) Nov. 19 praef: in illis obtinere debere, in quibus legibus interpretatis locus est; cap. 1: exceptis illis causis, quae... vel sententia iudicis vel transactione decisae sunt. Отсюда несостоятельность взгляда (*Wächter*, Pand. I стр. 160; *Unger*, I стр. 100), по которому на аутентическомъ толкованіи можетъ быть основана condictio indebiti. Ср. *Böhlau*, Meckl. Ldr. I стр. 401 пр. 41; *Windscheid* § 33 пр. 4; *Dernburg* I § 37 пр. 7; *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I стр. 363.

[23]) Примѣръ: имперскій законъ о ростовщичествѣ 24 мая 1880 г. Сомнительно *Seuff.* XXXII 2. Правильно *Seuff.* XXIV 30, гдѣ дѣло идетъ о запрещеніи, изданномъ по фискальнымъ основаніямъ.

на которомъ покоятся длящіяся права (собственность, реальные сервитуты, вотчинныя повинности, въ противоположность личнымъ сервитутамъ и обязательствамъ), то слѣдуетъ принимать, что такой законъ имѣетъ въ виду преобразовать и наличныя правоотношенія; иначе состояніе права, признанное вреднымъ, продолжало бы влачить свое существованіе на совершенно неопредѣленное время. Напротивъ, новый законъ не препятствуетъ осуществленію тѣхъ послѣдствій правоотношенія, которыя уже наступили при господствѣ прежняго права [24]).

bb. Законы, которые имѣютъ въ виду придти на помощь какому-нибудь значительному злу въ хозяйственномъ или соціальномъ смыслѣ, распространяютъ, въ случаѣ сомнѣнія, свое дѣйствіе на существующія уже правоотношенія, — при чемъ, по этимъ законамъ обсуждаются только имѣющія наступить, но не наступившія уже послѣдствія этихъ правоотношеній [25]).

---

[24]) Такимъ именно образомъ дѣйствовали законы, изданные въ 1848 и слѣд. годахъ, которыми были частью отмѣнены, частью преобразованы повинности и платежи, связанные съ владѣніемъ землею (барщина, десятина, право охоты, право выгона и др.). Если бы эти законы отступили передъ существующими правами, то едва ли и наши внуки могли бы воспользоваться ихъ благими послѣдствіями. Ср. также *Seuff.* XXXIII 93 съ XVIII 104.

[25]) Когда императоръ Константинъ издалъ запрещеніе lex commissoria, то заключенныя уже соглашенія, противныя этому запрещенію, стали недѣйствительными, но совершившійся уже къ тому времени переходъ собственности не подлежалъ повороту. (C. 3 de pact. pign. 8, 34 (35); такъ же точно дѣйствовало и пониженіе максимума %-овъ, установленное Юстиніаномъ C. 26, 27 de usur. 4, 32. Ср. также RGE. XXII Nr. 1 стр. 1. *Seuff.* XLIV 202. На выводѣ изъ положительнаго предписанія закона основывается *Seuff.* XXXV 321.

§ 40.

2. Примѣненіе.

I. Правоспособность и дѣеспособность подчиняются праву, дѣйствующему въ каждый данный моментъ времени. Измѣненіе права въ этомъ направленіи захватываетъ всѣхъ, кого оно застигаетъ въ моментъ своего изданія. Не затрогиваются имъ только зрѣлость и совершеннолѣтіе, уже достигнутыя, — что̀ опирается на соображенія справедливости [1]).

II. Форма юридической сдѣлки подлежитъ обсужденію по закону, дѣйствующему во время совершенія сдѣлки (tempus regit actum). Сдѣлка, совершенная дѣйствительнымъ образомъ по праву даннаго времени, не дѣлается недѣйствительной отъ того, что позднѣйшій законъ вводитъ иныя требованія формы; а сдѣлка, не удовлетворявшая въ то время требованіямъ формы, не становится дѣйствительной отъ того, что позднѣйшій законъ облегчаетъ требованія формы настолько, что сдѣлка отвѣчаетъ этимъ требованіямъ [2]).

Изложенное правило не примѣняется тогда, когда форма имѣетъ значеніе не только для установленія,

---

[1]) Это выводится ошибочно нѣкоторыми, напримѣръ, даже *Savigny*, VIII стр. 415, изъ защиты пріобрѣтенныхъ правъ; способности вовсе не суть права. Но нельзя отвергать самое положеніе, вслѣдствіе неправильности въ его обоснованіи, какъ это дѣлаетъ, напримѣръ, *Windscheid* § 32 пр. 4. За это положеніе: *Unger* I стр. 131; *Stobbe* § 32 пр. 4; *Dernburg* I § 43 пр. 7; *Pfaff und Hofmann* I стр. 149 и сл.

[2]) *Seuff*, III 258 въ концѣ; *Savigny*, VIII стр. 409 и сл.; *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I, стр. 145 и сл. Иной точки зрѣнія держатся нѣкоторыя партикулярныя права. *Stobbe* § 28 пр. 2.

но и для самаго существованія права, напримѣръ, когда для правъ на недвижимыя имущества признается необходимымъ занесеніе сдѣлки въ публичныя книги.

III. Особымъ характеромъ отличается отношеніе новаго закона къ такимъ составамъ фактовъ, которые выше названы были длящимися событіями (§ 39 III B. 1); всѣ принадлежащіе сюда случаи можно объединить общимъ понятіемъ давности.

Особому правилу слѣдуетъ незапамятная давность. Такъ какъ она служитъ не основаніемъ пріобрѣтенія или погашенія, а только замѣняетъ доказательство какого-либо основанія пріобрѣтенія, то допущеніе и условія этой давности опредѣляются по закону того времени, въ которое на нее ссылаются.

Что касается прочихъ примѣненій давности (пріобрѣтающая давность, погашеніе сервитута вслѣдствіе непользованія имъ, исковая давность), то новый законъ настигаетъ всякую давность, которая не закончила еще своего теченія при дѣйствіи прежняго права [3]). Для завершенія давности необходимо выполнить всѣ требованія новаго закона, но при этомъ, предшествующее новому закону теченіе давности можетъ оказаться на пользу. Нужно, во всякомъ случаѣ, различать:

1. Законъ, который отмѣняетъ признанную до того давность, и лишаетъ этимъ силы всякую незавершившуюся къ моменту его появленія давность.

2. Если законъ вводитъ неизвѣстную до того

---

[3]) RGE. I Nr. 19 стр. 40 IV Nr. 7 стр. 34 XXIV Nr. 53 стр. 271. Инаго мнѣнія *Пухта,* Vorles. I стр. 234 съ точки зрѣнія пріобрѣтенныхъ правъ; онъ не видитъ, что давность основана на особомъ составѣ фактовъ.

давность, то въ теченіе ея нельзя зачислять то состояніе, которое принадлежитъ времени, предшествующему появленію закона; иначе прошедшимъ фактамъ было бы придано впослѣдствіи другое юридическое значеніе, чѣмъ то, какое они имѣли въ свое время.

3. Когда законъ измѣняетъ какія-либо другія условія давности, а не время ея теченія, тогда истекшая при дѣйствіи прежняго закона давность зачисляется въ новую давность лишь въ томъ случаѣ, если новый законъ опускаетъ прежнее условіе, на примѣръ, bona fides, но не вводитъ новаго, которое отсутствовало въ протекавшей до того давности.

4. Если измѣняется время теченія давности, то надо опять различать:

a) При удлиненіи давностнаго срока, зачисленіе протекшей на основаніи прежняго закона давности разумѣется само собою. Когда, напримѣръ, 10 лѣтъ давности протекли дѣйствительно при 20-лѣтнемъ давностномъ срокѣ и произвели извѣстныя юридическія послѣдствія, то почему не принять этихъ послѣдствій и при 30-лѣтнемъ періодѣ давностнаго срока? Въ способности подобной давности къ зачисленію въ другіе давностные сроки новый законъ не произвелъ никакого измѣненія [4]).

b) Если новый законъ сокращаетъ давностный срокъ, то для этой болѣе краткой давности не принимаются въ соображеніе фактическія условія, происходящія отъ прежняго времени; иначе этимъ фактическимъ условіямъ было бы опять придано иное юридическое значеніе, чѣмъ то, какое они имѣли въ свое время. Но такъ какъ новый законъ говоритъ

---

[4]) RGE. XXIV Nr. 53 стр. 272.

не то, что давностнаго времени, какъ оно опредѣлялось по старому закону, недостаточно, а только то, что его не требуется, то начинающееся при появленіи новаго закона теченіе давности можетъ быть и продолжено, и завершено на основаніи давностнаго срока стараго закона. Если, напримѣръ, 30-лѣтній срокъ давности сокращенъ до 10 лѣтъ, то притязаніе, по которому давность «ко времени измѣненія въ законѣ» текла въ теченіе уже 29 лѣтъ, можетъ быть погашено уже въ одинъ годъ а не въ 10 лѣтъ. Напротивъ, если бы теченіе давности по этому же притязанію достигло при измѣненіи закона лишь 15-ти лѣтъ, то завершеніе этой давности имѣло бы мѣсто только черезъ 10 лѣтъ [5]).

IV. Шире, сравнительно съ другими правоотношеніями, оказывается вліянія измѣненій въ законѣ въ области *семейственнаго права*. Соображенія о пощадѣ существующихъ правъ отступаютъ здѣсь назадъ, такъ какъ вытекающія изъ семейственныхъ отношеній права принадлежатъ, по большей части, лицу, обладающему ими не ради себя самого (§ 42 V).

1. Юридическая дѣйствительность *брака* опредѣляется по закону, который дѣйствуетъ во время заключенія брака [6]), тогда какъ личное положеніе супруговъ въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу (напримѣръ, супружеская власть) опредѣляется дѣйствующимъ въ каждый данный моментъ закономъ.

---

[5]) Въ этомъ результатѣ сходится большинство писателей; различно только обоснованіе. *Savigny*, VIII стр. 431 и сл.; *Scheurl*, указ. соч. стр. 143 и сл.; *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I стр. 274.

[6]) Однако, оспариваніе брака на основаніи этого закона не можетъ быть допущено при дѣйствіи позднѣйшаго закона, устраняющаго это основаніе для оспариванія брака. *Seuff.* XXXII 2.

Основанія для расторженія брака обсуждаются судьями по праву, дѣйствующему во время наступленія фактовъ, представляющихъ такія основанія. По этому же праву опредѣляются и послѣдствія расторженія брака [7]).

Имущественныя отношенія, основанныя на бракѣ, нуждаются въ постоянствѣ юридическаго состоянія. Поэтому, измѣненіямъ въ правѣ слѣдуетъ отказать здѣсь во вліяніи на заключенные уже браки [8]).

2. Вопросъ о возникновеніи и прекращеніи *отеческой власти* рѣшается закономъ того времени, которому принадлежитъ событіе, служащее основаніемъ для возникновенія и прекращенія отеческой власти. Содержаніе отеческой власти опредѣляется закономъ даннаго времени, такъ же какъ и вся имущественно-правовая сторона этого института [9]): защита установленныхъ правъ здѣсь неумѣстна.

Законъ, который вводитъ или расширяетъ притязанія объ алиментахъ, возникающія изъ внѣбрачнаго сожитія, обращается въ пользу дѣтей, и ранѣе рожденныхъ внѣ брака, — но только не для истекшаго уже времени; и наоборотъ, законъ, отмѣняющій или ограничивающій обязанность къ доставленію алиментовъ, распространяется на притязанія тѣхъ же

---

[7]) Что раздѣленіе супруговъ отъ стола и ложа, послѣдовавшее до имперскаго закона 6 февр. 1875 г., можетъ быть впослѣдствіи превращено въ расторженіе брака по его существу, — это предписано положительно тѣмъ же имперскимъ закономъ (§ 77).

[8]) *Savigny*, VIII стр. 495; *Stobbe* § 28 пр. 39; *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I стр. 202 и сл.

[9]) *Savigny*, VIII стр. 501. *Pfaff und Hofmann*, Exkurse I стр. 215 (съ неоправданнымъ исключеніемъ въ пользу отношеній усыновленія).

дѣтей лишь въ томъ случаѣ, если ихъ притязанія простираются на будущее время [10]).

V. Наслѣдованіе опредѣляется, преимущественно, тѣмъ закономъ, который дѣйствуетъ въ моментъ смерти наслѣдодателя. Это имѣетъ силу:

1. Для наслѣдованія по закону, за исключеніемъ притязаній о наслѣдствѣ, имѣющихъ основаніе въ имущественныхъ правахъ супруговъ (см. выше п. IV 1).

2. Способность завѣщать должна быть налицо какъ по закону, дѣйствующему во время совершенія завѣщанія, такъ и по закону, дѣйствующему въ моментъ смерти, — по тѣмъ же соображеніямъ, которыя были приведены выше для установленія дѣйствія права въ условіяхъ мѣста [11]) (§ 38 II 2).

3. Наслѣдственный договоръ создаетъ прочное притязаніе на наслѣдственное преемство, почему онъ и подчиняется въ отношеніи какъ своего содержанія, такъ и дѣйствія,— закону, господствующему во время его совершенія. Законъ, дѣйствующій въ моментъ смерти наслѣдодателя, [12]) получаетъ рѣша-

---

[10]) Противъ послѣдняго ограниченія *Seuff.* XX 99.

[11]) Это не соотвѣтствуетъ господствующему взгляду. Согласно послѣднему, естественныя основанія неспособности къ совершенію завѣщанія слѣдуетъ обсуждать единственно по закону времени его совершенія. *Savigny,* VIII стр. 451 и сл.; *Stobbe,* § 28 Nr. 31; *Pfaff und Hofmann,* Exkurse I стр. 230 и сл. Однако, если законъ, дѣйствующій во время смерти наслѣдодателя, говоритъ, что наслѣдованіе по закону можетъ быть исключено только завѣщаніемъ совершеннолѣтняго, то само собою недѣйствительно завѣщаніе, совершенное малолѣтнимъ, хотя бы оно и было вполнѣ дѣйствительно по праву того времени, когда завѣщатель его совершалъ.

[12]) *Savigny,* VIII стр. 492; *Stobbe,* § 28 пр. 16; *Pfaff und Höfmann,* Exkurse I стр. 243 и сл.

ющее значеніе только тогда, когда поднимается вопросъ о нарушеніи обязательной наслѣдственной доли.

4. Для пріобрѣтенія наслѣдства должна быть на лицо способность къ наслѣдованію въ моментъ открытія наслѣдства, и эта способность должна продолжаться до самаго пріобрѣтенія наслѣдства; дѣеспособность подчиняется закону времени совершенія акта пріобрѣтенія. Послѣдствія пріобрѣтенія наслѣдства опредѣляются закономъ, дѣйствующимъ во время смерти наслѣдодателя [13]).

III. О субъективныхъ правахъ въ особенности.

§ 41.

А) Публичныя и гражданскія права *).

I. На отмѣченномъ выше (§ 20) различіи нормъ публичнаго и гражданскаго права строится противоположеніе публичныхъ и гражданско-правовыхъ отношеній. Жизненныя отношенія, насколько они регулируются нормами публичнаго права, образуютъ одну группу, а жизненныя отношенія, подчиненныя господству нормъ гражданскаго права, составляютъ другую группу.

Изъ публичныхъ правоотношеній, не менѣе, чѣмъ изъ гражданскихъ, вытекаютъ субъективныя права. Всѣ попытки установить различіе между публичными и гражданскими правами на какомъ-либо

---

[13]) *Pfaff und Hofmann*, указ. соч. стр. 245 и сл.

*) Ср. сочиненія, приведенныя въ § 20 прим. *).

иномъ основаніи, кромѣ ихъ происхожденія, оказались неудачными.

Такого различія нельзя видѣть въ свойствахъ носителя права. Существуютъ публичныя права, которыя принадлежатъ отдѣльнымъ лицамъ и, притомъ, отдѣльнымъ лицамъ, не какъ носителямъ публичной должности, — таково, напримѣръ, политическое избирательное право, — и наоборотъ, государство и другія публичныя власти бываютъ часто обладателями гражданскихъ правъ.

Не даетъ, равнымъ образомъ, пограничной линіи и лицо заинтересованнаго субъекта (cui bono). Очень распространенъ взглядъ, по которому управомоченный имѣетъ гражданское право ради себя самого; оно для него только право, которымъ онъ можетъ пользоваться или не пользоваться, не вступая лишь въ столкновеніе съ существующимъ правовымъ порядкомъ; — тогда какъ публичное право устанавливаетъ вмѣстѣ и право и обязанность по отношенію къ отправленію этого права. Этотъ взглядъ заключаетъ въ себѣ только часть истины. Если даже не говорить о всюду сопровождающей управомоченное лицо нравственной обязанности къ разумному пользованію жизненными благами, то и въ этомъ случаѣ указанный признакъ подойдетъ лишь къ одной части гражданскихъ правъ, а именно — къ имущественнымъ правамъ. Семейственныя права предоставляются отдѣльному лицу вовсе не ради него одного, но, по крайней мѣрѣ, столько же и на благо другихъ лицъ; жены, дѣтей. Отрицать въ семейственныхъ правахъ природу обязанности можно было бы не съ большимъ основаніемъ, чѣмъ отрицать такую же природу, напримѣръ, въ политическомъ избирательномъ

правѣ. То обстоятельство, что за упущеніе въ пользованіи этими правами не положено наказанія, не должно вводить въ заблужденіе. Во всякомъ случаѣ, угроза наказаніемъ не противорѣчитъ существу семейныхъ правъ, тогда какъ наказаніе, напримѣръ, за упущеніе во взысканіи по какому-нибудь праву требованія было бы, по меньшей мѣрѣ, странно. Даже въ имущественномъ правѣ нѣтъ недостатка въ примѣрахъ, когда право принадлежитъ его субъекту не ради него самого: «ius populi tuetur», говорится объ actio popularis [1]).

Съ другой стороны, правильно въ общемъ и то, что даруя, напримѣръ, политическое избирательное право, правовой порядокъ притягиваетъ отдѣльное лицо на службу общему интересу; этимъ лицо привлекается къ сотрудничеству при разрѣшеніи государственныхъ и общественныхъ задачъ. Отсюда вытекаетъ для управомоченнаго не только право, но и обязанность быть дѣятельнымъ. Это само собою разумѣется для отдѣльныхъ лицъ, какъ носителей какой-либо публичной должности. Но существуютъ также публичныя права, осуществленіе которыхъ предоставлено управомоченному въ зависимости и въ мѣрѣ его особеннаго интереса въ ихъ осуществленіи, напримѣръ, право частной жалобы въ уголовномъ

---

[1]) L. 1 de popul. act. 47, 23. — На иной идеѣ основано право частныхъ штрафовъ. Тутъ не публичный интересъ передается для защиты на руки частнымъ лицамъ, а частный интересъ признается рѣшающимъ или исключительно или, по крайней мѣрѣ, предпочтительно. Равно на иной основѣ покоятся и частныя жалобы современнаго уголовнаго права; этотъ институтъ предоставляетъ иниціативу защиты права самимъ заинтересованнымъ лицамъ, такъ какъ правонарушеніе можетъ задѣвать здѣсь болѣе существенные частные интересы, чѣмъ всѣ другіе.

правѣ, право выбора защитника въ случаѣ менѣе тяжкихъ обвиненій [2]).

II. Въ правѣ нигдѣ не встрѣчается рѣзкихъ противоположеній; всюду наблюдаются переходы или посредствующіе члены. Въ этомъ выражается органическая природа права. Нѣкоторыя публичныя права получаютъ гражданско-правовую окраску оттого, что они направлены на имущественно-правовое дѣйствіе, напримѣръ, право обложенія податями, право экспропріаціи. Съ другой стороны, гражданско-правовыя притязанія стоятъ въ самой тѣсной связи съ публично-правовыми отношеніями, напримѣръ притязаніе чиновника на жалованье. Къ публичнымъ правамъ приближаются права частной корпораціи по отношенію къ стоящему надъ ней цѣлому; равнымъ образомъ, право пользованія вещами, находящимися въ общественномъ обладаніи, одной стороною обращено къ публичному праву.

§ 42.

Б) Виды гражданскихъ правъ *).

I. Основой всѣхъ гражданскихъ правъ является правоспособный человѣкъ. Онъ пользуется въ извѣ-

---

[2]) *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, стр. 133, 151, строитъ противоположеніе публичныхъ и частныхъ правъ на свойствѣ защиты права (нормы). Но заключеніе отъ формы защиты права къ природѣ защищаемаго права не допустимо. Ср. 42, пр. 5.

*) *Stahl*, Philosophie des Rechts II Bd. 3 Buch; *Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse 1866; къ этому *Bürkel*, Krit. VJ. Schr. XI стр. 191—233; *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht (1878) Abschn. IV: Die einzelnen Privatrechte. *Bierling*, Zur Kritik der juristichen Grundbegriffe II (1883) стр. 168—214; *Krainz*, System des allg. österr. Privatr. I (1885) стр. 196—209.

стномъ объемѣ защитой права уже въ отношеніи своего лица, т. е. своего существованія и развитія своихъ физическихъ и духовныхъ силъ, безъ отношенія къ какой бы то ни было вещи или какимъ-либо другимъ лицамъ. Подъ защитой права стоятъ:

1. Условія существованія человѣка: жизнь, тѣлесная и духовная неприкосновенность, свобода, честь, со включеніемъ сюда добраго имени въ дѣловомъ оборотѣ, кредита.

2. Знаки его индивидуальности: прирожденное или пріобрѣтенное по какому-нибудь юридическому акту, фамильное имя [1]), (у дворянъ сюда привходятъ титулъ и гербъ), дѣловое имя (фирма) [2]), знаки промышленной индивидуальности (клейма) [3]).

3. Пользованіе его матеріальными и нематеріальными благами, все равно, составляютъ ли они предметъ еще особаго права или нѣтъ; сюда относится, въ особенности самоопредѣленіе относительно произведеній творческой духовной дѣятельности, научныхъ и художественныхъ созданій, писемъ, промышленныхъ открытій и изобрѣтеній.

Всѣ эти предметы юридической защиты, связанные самымъ тѣснымъ образомъ съ индивидуальностью ихъ носителя, составляютъ защищенную правомъ область индивидуальной жизни, — *право личности* (das Recht der Persönlichkeit).

Право личности есть первое и важнѣйшее изъ всѣхъ гражданскихъ правъ; оно обнимаетъ высшія блага человѣка. И все-таки у него оспаривается

---

[1]) *Kohler*, Arch. für bürgerl. Recht, V Abh. 1.

[2]) *Ehrenberg*, z. f. HR. XXVIII стр. 25 и сл.: Wesen der Firma.

[3]) *Kohler*, Das Recht des Markenschutzes (1885).

право на существованіе [4]). Говорятъ, что защита личности только въ незначительной мѣрѣ касается гражданскаго права, главнымъ же образомъ, она входитъ въ составъ уголовнаго и полицейскаго права. Но природа права опредѣляется не свойствами юридической защиты [5]). Собственность могла бы быть поставлена подъ исключительную защиту уголовнаго и полицейскаго права, и все-таки она осталась бы гражданскимъ правомъ, такъ какъ она не перестала бы служить своему субъекту въ силу ему принадлежащаго права, а не въ силу какого-либо отношенія власти (Herrschaftsverhältniss).

Право личности образуетъ такой же правовой центръ (Rechtscentrum), какъ собственность и отеческая власть. Такъ же какъ и эти послѣднія, оно не допускаетъ разложенія на содержащіяся въ немъ полномочія. Было бы празднымъ дѣломъ и неправильной концепціей — создавать для каждаго внѣшняго знака личности, для каждаго отдѣльнаго про-

---

[4]) *Savigny,* I стр. 335 и слѣд. дѣлаетъ возраженіе, которое легко опровергнуть, будто въ правѣ личности пришлось бы признать право на самоубійство, какъ будто сфера частныхъ правъ не имѣетъ своихъ границъ. — *Unger,* I § 60; *Laband,* z. f. HR. XXIII стр. 621 и слѣд.; *Binding,* Strafr. I стр. 169, 718. Напротивъ, за право личности высказались, хотя и съ разногласіями въ подробностяхъ: *Stahl,* указ. соч. § 2—8 (3 Aufl. Bd. II стр. 312 и сл.); *Puchta,* Institut. I § 30; *Jhering* въ своемъ Jahrb. X стр. 393, Geist III (4 Aufl.) прим. 447a, Zweck im Recht II стр. 480, 482; *Gareis,* Arch. f. Theorie und Praxis des Handelsr. XXXV Abs. 4; *Kohler,* Iher. Jahrb. XVIII Abs. 2, Recht des Markenschutzes, стр. 1 и слѣд., 93 и сл., и въ Arch. f. Th. и Prax. des Handelsr. XLVII стр. 167 и сл.; *Gierke,* z. f HR. XXIX стр. 270 и сл.; *Bierling,* указ. соч. II стр. 175; *Krainz,* указ. соч. *I* стр. 201 и слѣд. *Windscheid,* § 40; *Brinz,* § 66; *Dernburg,* I § 22.

[5]) *Bierling,* II стр. 153; *Jhering,* Geist III пр. 447a; иначе мнѣнія *Thon,* указ. соч. стр. 133, 151.

явленія ея дѣятельности, особое индивидуальное право. Тѣмъ не менѣе, такія особыя индивидуальныя права могутъ образоваться, и мы имѣемъ уже подобныя образованія для отдѣльныхъ знаковъ индивидуальности, фамильнаго имени, фирмы, промышленнаго клейма; эти знаки индивидуальности составляютъ предметъ особыхъ институтовъ права, и мы знаемъ особыя индивидуальныя права на имя [6]), фирму [7]), промышленное клеймо [8]).

Право личности сопровождаетъ всѣ другія права, такъ какъ всѣ они имѣютъ въ личности своего носителя. Поэтому, нарушеніе права собственности, авторскаго права и т. д. можетъ заключать въ себѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ, нарушеніе права личности и вызывать двойную юридическую защиту [9]). Но право личности простирается лишь на тѣ области, ко-

---

[6]) Гражданское право на имя, включая сюда и право запрещать ношеніе его третьимъ неуправомоченнымъ лицамъ, оспариваютъ *Stobbe*, III § 163 и *Jhering*, въ своихъ Jahrb. XXIII стр. 320—326,—но не убѣдительно. Именно, доводы Іеринга основаны на положеніи, что право не идетъ далѣе интереса, — что̀, конечно, правильно, но не составляетъ опроверженія права на имя. Практика издавна признавала частныя жалобы на неосновательное ношеніе частнаго имени, *Seuff.* VI 6, XVII 3, 58, XIX 114, RGE. II Nr. 39 стр. 147, V Nr. 45 стр. 172. Ср. также *Seuff.* XVIII 44 и XLIV 30. За гражданское право на имя *Thon*, указ. соч. стр. 153; *Kohler*, Recht des Markenschutzes стр. 5 и сл. и въ Arch. f. bürg. Recht V Abh. 1; *Sigm. Levi*, Vornahme und Familiennamе im Recht, стр. 47 и сл.; *Fischer*, Archiv für bürg. Recht VI стр. 306—315; *Becker*, Iher. Jahrb. XXX стр. 278.

[7]) HGB. Art. 27; *Hahn*, Komm. zu Art. 27. RGE. III Nr. 37 стр. 120, VII Nr. 78 стр. 279, XXII Nr. 10 стр. 58, XXV Nr. 1 стр. 1; *Seuff.* XLV 264 (BG).

[8]) RG. über den Markenschutz vom 30 Novbr. 1878.

[9]) L. 1 § 38 depos. 16, 3: actio depositi и actio injuriarum, L 25 AEV. 19, 1 actio ad exhibendum и actio injuriarum. *Jhering* въ своихъ Jahrb. XXIII стр. 185.

торыя находятся внѣ сферы господства другихъ правъ [10]).

II. Потребности побуждаютъ человѣка обезпечивать за собой извѣстные предметы внѣшняго міра для удовлетворенія своихъ интересовъ. Годными для этого предметами, прежде всего, являются вещи. Самой природой вещи предназначены на служеніе людямъ и ихъ цѣлямъ.

Юридическое обезпеченіе пользованія вещами можетъ быть осуществлено въ двоякой формѣ: или третье лицо обязано доставить намъ вещь то въ полное распоряженіе, то для опредѣленнаго употребленія, или за нами самими признается юридически непосредственное полномочіе на полную или ограниченную хозяйственную эксплоатацію вещи, а другимъ въ той же мѣрѣ запрещается воздѣйствіе на нее. Въ первомъ случаѣ, наше право направлено, прежде всего, противъ лица и, лишь посредственно, на вещь. Во второмъ случаѣ, за нами признается непосредственное отношеніе къ вещи; и, только посредственно, это отношеніе обращено на другія лица. Въ первомъ случаѣ у насъ будетъ обязательственное право, во второмъ — вещное.

Вещное право имѣетъ внутреннюю и внѣшнюю сторону. Со стороны внутренней, вещнымъ правомъ опредѣляется сфера хозяйственной эксплоатаціи ве-

---

[10]) На письма, не содержащія въ себѣ произведеній науки или искусства, не можетъ быть авторскаго права. Но они не лишены покровительства; опубликованіе ихъ безъ права на то состав. нетъ оскорбленіе личности писавшаго ихъ, которое можетъ быть преслѣдуемо гражданскимъ искомъ (actio injuriarum) только не на основаніи авторскаго права. *Kohler*, Iher. Jahrb. XVIII стр. 271, 306, Arch. f. Theorie und Praxis d. Hdlr. XLVII стр. 187, Arch. f. bürgerl. Recht VII Abh. 4.

щи, со стороны внѣшней — власть утверждать это право передъ другими. Вещь, которая мнѣ предоставлена и насколько она мнѣ предоставлена, этимъ самымъ изъята изъ рукъ всѣхъ другихъ (всѣмъ другимъ въ ней отказано). Поэтому вещное право дѣйствуетъ, осуществляетъ свою задачу по общему правилу, противъ каждаго третьяго лица; это, въ общемъ, абсолютное право. Но такой абсолютный характеръ дѣйствія не служитъ непремѣннымъ свойствомъ вещныхъ правъ. Пріобрѣтеніе вещи, удовлетворяющее требованіямъ actio Publiciana, создаетъ вещное право, обладатель котораго, по общему правилу, не выдерживаетъ столкновенія съ собственникомъ и другимъ владѣльцемъ, удовлетворяющимъ требованіямъ actio Publiciana [11]). Равнымъ образомъ, собственность на движимыя вещи, по нѣмецкому праву пользуется лишь ограниченной защитой противъ третьихъ лицъ. Такимъ образомъ, мы должны искать сущности вещнаго права только въ непосредственности юридическаго господства по отношенію къ вещи [12]).

Содержаніе вещнаго права можетъ быть ограни-

---

[11]) L. 16, 17 de publ. in rem act. 6. 2. L. 9 § 4 eod. L 31 § 2 AEV. 19, 1. *Deurer*, Iher. Jahrb. I стр. 224 и сл.

[12]) Въ послѣднее время это снова горячо оспаривается *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit (1889) и *Oertmann*, Iher. Jahrb. XXXI Abh. 8 (1892). Ср. также выше § 13 I 2, далѣе *Wendt*, Iher. Jahrb. XXIX стр. 81 и сл. Здѣсь не мѣсто распространяться о доводахъ за и противъ трактуемаго положенія. Можно сдѣлать лишь одно замѣчаніе. Отношеніе въ правѣ есть представленіе. Неужели невозможно представленіе такого рода, что въ вещномъ правоотношеніи управомоченный находится въ непосредственномъ отношеніи къ вещи? За это говоритъ словоупотребленіе всѣхъ народовъ. О вещномъ моментѣ въ нѣмецкомъ правѣ *Heusler*, Institut. des deutsch. Privatr. I стр. 341.

чено опредѣленными сторонами пользованія вещью, но можетъ распространяться нераздѣльно и на всѣ ея стороны, насколько онѣ не изъяты изъ оборота по предписанію права или не обращены въ предметъ господства третьихъ лицъ, въ силу ихъ правъ на ту же вещь. На этомъ различіи основано дѣленіе вещныхъ правъ на ограниченныя вещныя права и собственность. Собственность есть общее юридическое господство надъ вещью чѣмъ, конечно, не исключаются возможныя ограниченія. Для прочихъ вещныхъ правъ ограниченіе господства является, напротивъ, существеннымъ. Вообще, эти права на вещь называются вещными правами на чужую вещь. Но сущность этихъ правъ не передается такимъ названіемъ, тѣмъ болѣе, что встрѣчаются ограниченныя вещныя права въ своей вещи, хотя они составляютъ и рѣдкое явленіе [13]). Римское право знаетъ только четыре ограниченныхъ вещныхъ права: сервитуты, эмфитевзисъ, суперфицій, залогъ.

III. Въ такой же мѣрѣ, въ какой человѣкъ не можетъ обойтись безъ вещей, онъ не можетъ обойтись и безъ услугъ другихъ людей. Самую широкую поддержку онъ находитъ въ соціальныхъ союзахъ: въ семьѣ, общинѣ, государствѣ. Но сверхъ этого, отдѣльное лицо имѣетъ надобность и въ отдѣльныхъ лицахъ, которыя совершали бы для него различнаго рода дѣйствія. Для этого мы стараемся склонить способное на то лицо обѣщать намъ извѣстное дѣйствіе. Подобное обѣщаніе получаетъ для насъ настоящую цѣну лишь потому, что исполненіе его не стоитъ въ зависимости отъ произвола обѣщав-

---

[13]) *G. Hartmann*, Rechte an eigener Sache, Freiburger Prorektoratsprogramm 1877, отпечатанная и въ Iher. Jahrb. XVII Abh. II.

шаго, что обѣщаніе возводится въ юридическую обязанность на одной сторонѣ и въ предметъ права — на другой. Правоотношенія съ такимъ содержаніемъ называются *обязательствами*.

Добровольное принятіе обязанности является, впрочемъ, лишь самымъ частымъ основаніемъ для возникновенія обязательствъ, но вовсе не единственнымъ. Лицо можетъ быть обязано и независимо отъ его воли, именно вслѣдствіе совершенія имъ недозволеннаго дѣйствія, обогащенія, родства и т. д.

Сущность обязательства состоитъ не въ наличномъ обладаніи предметомъ пользованія, а въ томъ, что обязанное лицо должно, путемъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій, предоставить его лицу управомоченному. Въ виду этого, обязательство противополагается вещному праву [14]). Противоположеніе его семейственнымъ и публично-правовымъ отношеніямъ выражается въ томъ, что оно устанавливается благодаря особому, болѣе или менѣе случайному событію между любыми лицами, не связанными или по крайней мѣрѣ, не неизбѣжно связанными въ остальномъ между собой (Brinz II § 247). Другая, характерная въ этомъ отношеніи, особенность обязательства состоитъ въ томъ, что юридическая власть одного изъ его участниковъ (кредитора) не уменьшаетъ самостоятельности другаго (должника).

Большинство дѣйствій по обязательствамъ имѣетъ имущественную цѣнность, т. е. допускаетъ денежную ихъ оцѣнку. Однако, и другія дѣйствія могутъ быть предметомъ обязательства [15]), подобно

---

[14]) L. 3 pr. O. e. A. 44, 7 L 204 R. I. 50, 17.

[15]) Господствующее мнѣніе учитъ иначе; недавно также *Dernburg* II § 1, пр. 6, § 17. Ссылаются на исключительно-денежную

тому, какъ и собственность признается на вещи, не имѣющія никакой денежной цѣнности, напримѣръ письма. Но, конечно, въ значительномъ большинствѣ случаевъ вещныя права и обязательства могутъ быть оцѣниваемы на деньги, и потому ихъ объединяютъ въ понятіи *имущественныхъ* правъ, понимая подъ имуществомъ кругъ юридической власти извѣстнаго лица на блага, имѣющія денежную цѣну.

IV. Имущество есть единое цѣлое, объединяемое принадлежностью одному субъекту. Спрашивается, стоитъ ли существованіе правоотношеній, входящихъ въ составъ имущества, въ такой зависимости отъ его субъекта, чтобы со смертью послѣдняго всѣ они прекращались? Подобное послѣдствіе уничтожало бы прочность имущественнаго оборота. Въ самомъ дѣлѣ, кто рѣшился бы сдѣлать третьему лицу ссуду, зная, что его требованіе погибнетъ со смертью должника? А затѣмъ, если мы посмотримъ на нравственную сторону дѣла, то замѣтимъ, что

кондемнацію въ классическомъ процессѣ забывая, что она примѣнялась и въ цѣляхъ сатисфакціи. Ссылаются на выраженія Ulp. L. 9 § 2 de statut. 40, 7: ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt. Но основной смыслъ этого мѣста говоритъ противъ того, чтобы юристъ хотѣлъ установить здѣсь какой-либо общій признакъ для всѣхъ обязательствъ. Наконецъ, боятся, что отказъ отъ требованія денежной цѣны повлечетъ за собою утрату всякой мѣры въ защитѣ права и откроетъ двери юридическому признанію даже обѣщанія на первый вальсъ. Это опасеніе неосновательно, такъ какъ и безъ денежной цѣнности можно найти границу. Почему не подумаютъ и о другой сторонѣ вопроса, а именно, что общее чувство права было бы тяжко поругано, если бы всѣ обѣщанія, не получившія выраженія въ деньгахъ, были объявлены юридически необязательными? Правильный взглядъ защищаетъ *Windscheid*, § 250, пр. 3 (тамъ же богатыя указанія на литературу) и обстоятельно *Jhering*, въ своихъ Iahrb. XVIII стр. 41 и сл.

каждое отдѣльное лицо обладаетъ своимъ имуществомъ не только для себя, но и для тѣхъ, кто близко стоитъ къ нему въ семейномъ союзѣ. По смерти вступаютъ въ силу естественныя права на имущество близкихъ людей. Въ сознаніи того, что въ будущемъ имущество перейдетъ близкимъ людямъ, лежитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, сильное поощреніе къ пріобрѣтенію и бережливости.

Наслѣдственное право есть юридическій институтъ, на основаніи котораго имущество лица по его смерти переходитъ къ живущимъ.

Въ этомъ смыслѣ наслѣдственное право образуетъ составную часть права въ объективномъ смыслѣ. Но это понятіе берется и въ субъективномъ смыслѣ: говорятъ о наслѣдственномъ правѣ отдѣльныхъ лицъ — *A, X, Z*. При болѣе внимательномъ разсмотрѣніи оказывается, что наслѣдственному праву въ этомъ субъективномъ смыслѣ придается различное значеніе. Подъ нимъ разумѣется: во-первыхъ, право на пріобрѣтеніе наслѣдства до момента его осуществленія, ius succedendi, — слѣдовательно, право пріобрѣтенія; затѣмъ, юридическое положеніе наслѣдника, устанавливающееся пріобрѣтеніемъ наслѣдства, — бытіе наслѣдника (Erbsein); наконецъ, основывающееся на единствѣ акта пріобрѣтенія наслѣдства право утверждать за собою наслѣдственныя права [16]), — это послѣднее право, главнымъ образомъ, выражается и осуществляется въ hereditatis petitio. Такимъ образомъ, наслѣдственному праву въ объективномъ смыслѣ вовсе не соотвѣтствуетъ одина-

---

[16]) L 3 § 2 de bon. poss. 37, 1: jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujuscunque cum moritur fuit.

ковое по объему понятіе субъективнаго наслѣдственнаго права [17]).

V. Отношенія людей, возникающія въ силу принадлежности ихъ къ извѣстной семьѣ, являются, хотя и не въ своемъ центральномъ пунктѣ, правоотношеніями. Они регулируются правомъ и стоятъ подъ защитой права. Конечно, содержаніе отношеній супруговъ, какъ равно и отношеній родителей и дѣтей, не исчерпывается тѣмъ, что выражено въ формѣ ихъ правъ и юридическихъ обязанностей. Тѣмъ не менѣе, нельзя отрицать, что существуютъ взаимныя права супруговъ, какъ таковыхъ, права родителей въ отношеніи дѣтей, дѣтей въ отношеніи родителей, короче — *семейственныя права и обязанности по семейственному праву* [18]).

Семейственныя права имѣютъ то общее съ обязательствами, что направляются на опредѣленныя лица. Этимъ оба вида правъ отличаются отъ вещныхъ отношеній. Поэтому же иногда ихъ подводятъ подъ общее понятіе личныхъ правъ. Подобное соединеніе обоихъ видовъ права не можетъ, однакоже, быть признано удачнымъ, такъ какъ различіе ихъ превосходитъ сходство.

Обязательства чаще всего имѣютъ произвольный источникъ (п. III), они ограничены опредѣленными дѣйствіями и разсчитаны на преходящее состояніе. Обязательственныя права содержатъ въ себѣ одни

---

[17]) *Köppen*, System des Erbrechts, стр. 250 и сл. и Lehrb. des heut. römisch. Erbrechts стр. 10 и сл.; *Brinz*, 2 A. III § 357, 365, 397. Ср. *Thon*, Rechtsnorm стр. 215 и сл.; *Krainz*, Oesterr. Privatr. I стр. 205 и сл., а также *Pfaff und Hofmann*, Komm. II стр. 6 и сл.

[18]) Послѣдними болѣе, чѣмъ кто-либо, занимался *Brinz* 1 Aufl. стр. 1152 и сл., 2 Aufl. § 4, 457, 11 459, 470, 471, 492.

элементы права (§ 41 I), за малымъ исключеніемъ могутъ быть оцѣниваемы на деньги и отрѣшаемы отъ лица управомоченнаго и обязаннаго. Наконецъ, въ обязательствѣ управомоченный и обязанный стоятъ другъ противъ друга, какъ независимыя лица.

По всѣмъ этимъ пунктамъ семейственныя права представляютъ противоположныя черты. Эти права, какъ равно и обязанности, вытекающія изъ семейственнаго права, происходятъ изъ такой связи между людьми, которая устанавливается въ большинствѣ случаевъ на всю жизнь. Въ самыхъ тѣсныхъ семейственныхъ отношеніяхъ, важнѣйшія изъ принадлежащихъ къ нимъ правъ получаютъ характеръ власти, — мужа надъ женою, отца (или также матери) надъ дѣтьми. Здѣсь мы видимъ юридическій порядокъ господства и подчиненія: въ большинствѣ семейственныхъ отношеній право порождаетъ и обязанность, — и наоборотъ. Отсюда — тѣсная связь семейственныхъ правъ съ ихъ субъектами, невозможность передачи по наслѣдству и отчужденія.

Субъекты отношеній семейственнаго права являются членами нѣкотораго союза. Съ этой стороны отношенія семейственнаго права сближаются съ отношеніями права публичнаго. Они имѣютъ съ послѣдними еще и то общее свойство, что устанавливаютъ господство и подчиненность. Тѣмъ не менѣе мы причисляемъ отношенія семейственнаго права къ отношеніямъ гражданскаго права, такъ какъ семья представляетъ собою форму общенія, въ которой проявляется важнѣйшая сторона частной жизни (§ 20 въ концѣ)[19]).

---

[19]) Нѣкоторые юристы хотятъ исключить семейственное право изъ гражданскаго. *Geyer* въ Holtzendorff's Rechtsencyklopädie 4 A.

Право опеки содержитъ въ себѣ публичныхъ элементовъ больше, чѣмъ право супруговъ и право родителей и дѣтей: опека учреждается въ общественномъ интересѣ, ввѣряется публичной властью, какъ должность, выполняется подъ публичнымъ надзоромъ; но, несмотря на это, опека есть также институтъ семейственнаго права, потому что она только восполняетъ отсутствующую родительскую власть и учреждается по образцу ея.

VI. Очерченные въ предшествующемъ изложеніи виды правъ исчерпываютъ собою римское и современное гражданское право, покоящееся на римской основѣ. Новѣйшее развитіе оборота создало, однакоже, новый видъ гражданскихъ правъ — именно права, въ силу которыхъ лицо получаетъ власть надъ извѣстными безтѣлесными благами и, притомъ, на подобіе того, какъ въ силу вещныхъ правъ оно получаетъ власть надъ вещами. Такими безтѣлесными благами служатъ продукты духовной дѣятельности или искусства: литературныя произведенія, произведенія живописи, музыкальныя композиціи и драматическія сочиненія (RG. v. 11 Iuni 1870), произведенія скульптуры (RG. v. 9 Ian. 1876), техническія изобрѣтенія (Patentgesetz vom 27 Mai 1877, замѣненный RG. v. 7 April 1891), промышленные образцы и модели (RG. v. 11 Ian. 1876), фотографіи (RG. v. 10 Ian. 1876), и др. (RG. v. 1 Iuni 1891). Юридическая регламентація господства надъ произведеніями духовной дѣятельности, какъ предметами, обладающими и экономической цѣнностью, со-

---

стр. 72; *Sohm*, Institutionen § 7. Противнаго мнѣнія: *Bähr*, Der Rechtsstaat стр. 21, 23, 42; *Brinz* 1. Aufl. стр. 1151 и сл.; *Gierke*, Die sociale Aufgabe des Privatrechts (1890) стр. 36.

ставляетъ содержаніе *права нематеріальныхъ благъ* (Immaterialgüterrecht).

Права на нематеріальныя блага суть имущественныя права. Они имѣютъ предметомъ блага, служащія для пользованія и экономически цѣнныя. Далѣе, и назначеніемъ своимъ они имѣютъ обезпеченіе хозяйственной эксплоатаціи этихъ благъ. Но несомнѣнно, что такимъ имущественнымъ правамъ соотвѣтствуетъ и право личности. Однако, это не составляетъ ихъ особенности (п. 1), а только рѣзче выступаетъ въ правахъ на нематеріальныя блага, чѣмъ въ другихъ юридическихъ отношеніяхъ, такъ какъ духовныя творенія стоятъ въ болѣе тѣсной связи со своимъ творцомъ, нежели матеріальныя блага. Защита права личности и защита права на нематеріальныя блага могутъ совпасть, но каждая изъ нихъ сохраняетъ свою самостоятельную основу [20]).

Правомъ на нематеріальныя блага устанавливается непосредственное положеніе управомоченнаго субъекта въ отношеніи къ безтѣлесному благу. Поэтому права на нематеріальныя блага дѣйствуютъ противъ каждаго третьяго лица. Это — абсолютныя права (§ 51 I), подобно собственности. Отсюда возникло и распространенное названіе «духовная собствен-

---

[20]) Разграниченіе индивидуальнаго права и права на нематеріальныя блага (авторское право) дѣлается не всѣми. Съ особенной силой убѣжденія его неоднократно проводилъ *Kohler*, обстоятельно — въ Autorrecht (Iher. Jahrb. XVIII Abb. 2, появилось и въ отдѣльномъ оттискѣ). Послѣдователемъ его является и *Klostermann* въ Handbuch d. Hdlsr. II § 202 Эндемана. Противъ *Stobbe* § 158 и *Gierke* Z. f. HR. XXIX стр. 267 и сл., которые высказываютъ иной взглядъ, *Kohler* съ убѣдительностію защищаетъ свою точку зрѣнія въ Arch. f. Theorie und Praxis des Hdlsr. XLVII стр. 303 и сл. Это разграниченіе далеко не лишено практическаго значенія. Ср. RGE. XVIII Nr. 4 стр. 17.

ность» (geistliches Eigenthum)[21]). Послѣднее повлекло за собою заключенія отъ развитаго состоянія права къ неразвитому, что было совершенно неудачно въ виду особой природы безтѣлесныхъ благъ, напримѣръ, ихъ временнаго характера. Какъ же сохранять общее названіе, когда то и другое право расходятся въ пріобрѣтеніи и потерѣ, въ пользованіи, въ судьбѣ послѣ смерти управомоченнаго субъекта, въ положеніи въ частномъ международномъ правѣ и т. д.?[22]).

§ 43.

В) Общія свойства гражданскихъ правъ.

На ряду съ признаками, опредѣляющими отдѣльные виды гражданскихъ правъ, послѣднія обладаютъ свойствами, которыя не принадлежатъ ни всѣмъ вообще видамъ гражданскихъ правъ, ни исключительно какому-либо одному изъ нихъ. Отсюда получаются новыя группировки.

I. *Абсолютныя* и *относительныя* гражданскія права[1]). Нѣкоторыя гражданскія права имѣютъ дѣйствіе противъ всѣхъ лицъ, налагаютъ на всѣхъ, кромѣ управомоченнаго, извѣстную обязанность или ограниченіе; таковы: право личности и отдѣльные виды его (индивидуальныя права), большинство вещ-

---

[21]) Недавно его взялъ подъ свою защиту *Jhering* въ своихъ Jahrbücher XXIII стр. 303 и сл. Ср. однакоже *Kohler*, тамъ же XVIII стр. 130 и въ цитированномъ Archiv. стр. 303 и сл.

[22]) RG. vom 11 Iuni 1870 § 17, RG. vom 9 Ianuar 1876 § 15 — *Bar*, Internat. Privatr. II стр. 233, 236, 263, 274.

[1]) *Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse стр. 14 и сл., 70 и сл., 140 и сл.; *Krainz*, Oesterr. PR. I стр. 223; *Bierling*, Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe II стр. 179 и сл.

ныхъ правъ (§ 2 II), власть родителя и супруга [2]) право на пріобрѣтеніе наслѣдства и право, возникающее изъ пріобрѣтенія наслѣдства, наконецъ, права на нематеріальныя блага. Эти гражданскія права называются абсолютными.

Другія права устанавливаютъ обязанность лишь для опредѣленнаго лица или для отдѣльныхъ опредѣленныхъ лицъ и имѣютъ отношеніе лишь къ этимъ лицамъ. Поэтому они называются относительными, релятивными. Главную составную часть ихъ представляютъ права по обязательствамъ и, притомъ, какъ положительныя, такъ и отрицательныя.

Нарушеніе абсолютныхъ правъ возможно со стороны каждаго третьяго лица; нарушеніе правъ относительныхъ возможно лишь со стороны лицъ, опредѣленныхъ въ правоотношеніи. Послѣднее положеніе нѣкоторые оспариваютъ и утверждаютъ, будто каждое третье лицо можетъ выразить притязаніе и на мое право по обязательству или разрушить его, уничтоживъ предметъ дѣйствія, если съ этимъ связано освобожденіе должника [3]). Но это притязаніе, по общему правилу, будетъ совершенно безразличнымъ фактомъ, который лишь въ извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ вызвать искъ о признаніи (Feststellungsklage), напримѣръ, когда нѣсколькимъ лицамъ, одному за другимъ, уступлено извѣстное право требованія. Но и въ такомъ случаѣ

---

[2]) Но не всѣ семейственныя права; напримѣръ, не будетъ таковымъ право родителя дать согласіе на бракъ, право на супружеское сожительство (RGE. XV Nr. 40 стр. 188, Seuff. XLV 102), право на алименты и приданое. *Mandry*, Familiengüterrecht I стр. 231 и сл.

[3]) *Nenner*, указ. соч.; *Bremer*, Pfandr. Стр. 93 и сл.

кредиторъ не ищетъ права, которое принадлежитъ ему противъ отвѣтчика; отвѣтчикъ не осуждается на признаніе права кредитора или на воздержаніе отъ будущаго оспариванія его. А что касается разрушенія права по обязательству уничтоженіемъ предмета дѣйствія, то виновникъ уничтоженія не всегда даже отвѣтственъ за него. Онъ отвѣчаетъ лишь тогда, когда, уничтожая предметъ, онъ совершаетъ, въ то же время, виновное дѣйствіе, состоящее въ недозволенномъ поврежденіи имущества; но этого нельзя, конечно, сказать о собственникѣ, который зарѣжетъ барана, обѣщаннаго постороннимъ ему должникомъ третьему лицу, хотя, благодаря этому, собственникъ и дѣлаетъ невозможнымъ исполненіе обязательства [4]).

Если обязательство, въ качествѣ имущественнаго актива, можетъ быть предметомъ претензій со стороны третьихъ лицъ, то, и въ качествѣ имущественнаго пассива, оно можетъ оказать дѣйствіе на третьихъ лицъ, напримѣръ, оно можетъ подвергнуть опасности удовлетвореніе прочихъ кредиторовъ или парализовать притязанія лицъ, имѣющихъ право на обязательную долю (въ наслѣдствѣ); отсюда возможность оспариванія подобнаго обязательства. Однако, и тутъ лица, имѣющія право на оспариваніе, ничего не требуютъ отъ кредитора, а добиваются лишь судебной отмѣны права требованія, причиняющаго имъ вредъ.

Обязанность, которая соотвѣтствуетъ (всякому) праву, — при абсолютныхъ правахъ, будетъ отрицательной, т. е. будетъ обязанностью къ воздержанію

---

[4]) *Thon,* Rechtsnorm стр. 189, 207—210; *Windscheid* § 41 Nr. 1.

отъ вторженія въ юридическую сферу управомоченнаго лица; при относительныхъ правахъ такая обязанность будетъ положительной или отрицательной въ зависимости отъ того, что́ требуется правомъ: дѣйствіе или воздержаніе отъ дѣйствія. Въ первомъ случаѣ, обязанность есть послѣдствіе общей обязанности гражданъ или предписанія права — «neminem laede»; во второмъ — она вытекаетъ изъ особеннаго правоотношенія, установленнаго между сторонами. Поэтому, обязательства, въ которыхъ личность обязаннаго опредѣляется измѣнчивымъ отношеніемъ (владѣніе, собственность) [5]), не составляютъ вовсе исключенія или срединнаго звена между относительными и абсолютными правами.

II. *Права самостоятельныя и акцессорныя, побочныя* [6]). Нѣкоторыя права имѣютъ своимъ назначеніемъ подкрѣплять или расширять дѣйствіе другаго права; таковы, напримѣръ, залоговое право, поручительство, обязательство о процентахъ, реальный сервитутъ [7]). Они присоединяются, примыкаютъ къ другому праву и потому являются побочными или акцессорными правами [8]). Назначеніемъ побочнаго права устанавливается извѣстная зависимость его отъ главнаго права. Однако, видъ и объемъ этой

---

[5]) Примѣръ: обязанность noxae datio (L 1 § 12 si quadrupes 9, 4), отвѣтственность за вымогательство (L 14 § 5 quod met. c. 4, 2), измѣненіе въ стокѣ воды (L 12 de aqua 39, 3).

[6]) *Schott,* Iher. Jahrb. XV стр. 2 и сл.; *Ennecceru*s, Rechtsgeschäft, стр. 260 и сл.

[7]) Право на стѣну, общую двумъ домамъ. *Seuff.* XXII 198. O L. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5 см. Jhering въ его Jahrb. X стр. 556.

[8]) Accessio и въ источникахъ употребляется въ этомъ значеніи (L 32 de fidej. 46, 1. L 46 de solut. 46, 3. Gai, III 126), впрочемъ, также и для отношенія между вещами (L 9 § 4 de usufr. 7, 1 L 19 § 13 de auro arg. 34, 2).

зависимости не одинаковы во всѣхъ случаяхъ, — почему и опасно дѣлать выводы изъ акцессорной природы правъ [9]). А вслѣдствіе этого, самое понятіе утрачиваетъ свою цѣнность для догмы права.

III. *Права положительныя и отрицательныя.* Иногда содержаніемъ права служитъ то, чтобы не происходило чего-либо дозволеннаго общимъ правомъ. Напримѣръ, содержаніемъ сервитута является иногда то, чтобы на обремененномъ участкѣ не предпринималось никакихъ измѣненій; или содержаніемъ обязательства — то, чтобы должникъ чего-либо не дѣлалъ. Права съ такимъ содержаніемъ называются отрицательными. Стѣсненіе обязаннаго лица — здѣсь не только слѣдствіе той дѣятельности, которая принадлежитъ управомоченному. Поэтому и нельзя говорить объ отрицательномъ правѣ собственника требовать отъ всякаго третьяго лица воздержанія отъ нарушенія его права собственности [10]).

---

[9]) Обыкновенно отмѣчаютъ три послѣдствія акцессорной природы правъ: a) побочное право не можетъ ни возникнуть ни продолжать своего существованія безъ главнаго права, b) побочное право, вмѣстѣ съ главнымъ, переходитъ къ пріобрѣтателю послѣдняго или прекращается, c) побочное право само по себѣ не передаваемо. Однако, эти послѣдствія не наступаютъ вполнѣ ни въ случаѣ поручительства (*Hasenbalg*, Bürgschaft, стр. 92—111) ни въ случаѣ залога (*Schott*, указ. соч.,—который, впрочемъ, далеко заходитъ въ отрицаніи зависимости). Ссылаются на изреченіе L 129 § 1 R.J. 50, 17: Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent. Однако, это положеніе въ своемъ первоначальномъ значеніи (Paul. l. XXI ad edict.) было высказано, по всей вѣроятности, только для побочныхъ притязаній на плоды. Исключительно по оплошности компиляторовъ, оно было принято въ дигесты въ такомъ непереработанномъ видѣ.

[10]) Въ противоположность общепринятому словоупотребленію, *Bekker*, § 28 называетъ отрицательными тѣ права, дѣйствіе которыхъ исчерпывается пріостановкой или отмѣной дѣйствія другаго права, напримѣръ, in integrum restitutio, querela inofficiosi

IV. *Права передиваемыя и непередаваемыя.* Хотя, по общему правилу, нѣтъ права безъ субъекта (§ 7 III), тѣмъ не менѣе большинство гражданскихъ правъ допускаютъ перемѣну въ субъектѣ, переходъ отъ одного субъекта къ другому. Лишь немногія гражданскія права стоятъ въ такой тѣсной связи съ субъектомъ, что не допускаютъ его перемѣны. Такими, въ высшей степени, личными, правами являются: власть мужа и отца, основанная на семейномъ правѣ, личные сервитуты, права требованія по удовлетворенію за личныя обиды (такъ наз. actiones vindictam spirantes § 53 III).

Противоположеніе передаваемости и непередаваемости распространяется и на юридическія обязанности.

V. *Права, принадлежащія лицу посредственно* [11]). Нѣкоторыя права обладаютъ той особенностью, что ихъ связь съ лицомъ достигается черезъ посредство извѣстнаго отношенія, въ которомъ находится лицо. Такимъ отношеніемъ служитъ обыкновенно собственность или владѣніе вещью. Такъ, съ правомъ собственности на участокъ земли связывается право реальнаго сервитута, право на нѣкоторыя реальныя службы, признанныя нѣмецкимъ правомъ, реальное право на извѣстный промыселъ [12]). Собственность

---

testamenti. Правильнѣе поступаютъ тѣ, которые говорятъ въ этомъ случаѣ о чистомъ правѣ оспариванія, сохраняя за выраженіемъ «отрицательное право» его исконное значеніе. *L. Seuffert,* Krit. VI Schr. XXIX стр. 54.

[11]) *Savigny* II § 103; *Jhering* въ своихъ Jahrb. X стр. 444; *Krainz,* Oesterr. PR. I стр. 235 и сл.; *Bekker* § 19 Beil. III.

[12]) Изъ новѣйшаго права RGE. XII Nr. 65 стр. 265 и сл. — Разнообразные виды посредственной принадлежности права въ Римѣ создавались отношеніями къ рабамъ L 25 § 2 L 26 de usufr. 7, 1 L 2 § 9 de bon. poss. sec. tab. 37, 11.

на предъявительскую бумагу дѣлаетъ меня кредиторомъ, а владѣніе такой бумагой уполномочиваетъ на осуществленіе заключающагося въ ней требованія[13]).

Равнымъ образомъ, существуютъ и юридическія обязанности, лежащія на лицѣ посредственно, напримѣръ, обязанность собственника, возлагаемая на него въ силу servitus oneris ferendi, къ исправному содержанію его вещи, реальныя повинности, установленныя нѣмецкимъ правомъ (Reallasten).

Опредѣленность субъекта въ случаѣ, когда право принадлежитъ посредственно, обыкновенно такая же, какъ и въ томъ случаѣ, когда право принадлежитъ кому-нибудь непосредственно. Только при прекращеніи права, черезъ посредство котораго происходило обладаніе другимъ правомъ, наступаетъ временная неопредѣленность. О неопредѣленности субъекта, въ настоящемъ смыслѣ этого слова, можно говорить только тогда, когда принадлежность права опредѣляется будущимъ обстоятельствомъ, напримѣръ, legatum personae incertae relictum[14]).

V. *Права дѣлимыя и недѣлимыя*[15]). Право можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ. Это можетъ

---

[13]) *Brunner* въ Endemanns Handbuch des Handelsr. II стр. 207; *Brinz* II § 312.

[14]) § 25—27 de legat. 2, 20 L 56 de legat. II, далѣе L 18 (19) de negot. gest. 3, 5 L 12 § 5 L 70 § 1 de usufr. 7, 1; далѣе, страхованіе въ интересахъ того, «кого касается бѣдствіе». (Die Versicherung «wen es angeht»). HGB. Art. 785 ROHG. XIV Nr. 43 стр. 126. Ср. также RGE. XI Nr. 52 стр. 258.

[15]) *Wächter*, Civ. Arch. XXVII стр. 155 и сл. (1844); *Savigny* ObIR. I стр. 310 и сл. (1851); *Steinlechner*, Das Wesen der juris communio (1876, 1878), къ этому *Eck*, Kr. VISchr. XIX стр. 223 и сл., XXI стр. 118 и сл. *Eisele*, Civ. Arch. LVXIII стр. 27 и сл. (1880); *Kohler*, Gesammelte Abhandlungen стр. 167—223; *G. Rümelin*, Die Teilung der Rechte (1883) и въ Iher. Jahrb. XXVIII Abh. 7 (1889); *Scheurl*, Teilbar-

произойти или немедленно при возникновеніи права, или впослѣдствіи, напримѣръ, при переходѣ права по наслѣдованію. Вліяніе, которое оказываетъ на право участіе въ немъ нѣсколькихъ лицъ, а также взаимныя отношенія участниковъ — различаются по отдѣльнымъ видамъ правъ. Въ нѣкоторыхъ изъ нихъ общее право соучастниковъ ограничено для каждаго изъ нихъ извѣстной долей, опредѣляемой числомъ; тогда говорятъ, что общее право участниковъ — раздѣльное. Тамъ, гдѣ такое разграниченіе не имѣетъ мѣста, получается совокупное право (Gesammtberechtigung).

Если участіе нѣсколькихъ лицъ въ правѣ сводится къ раздѣльному общему праву, то право называютъ дѣлимымъ, если же оно состоитъ въ совокупномъ правѣ, то его называютъ недѣлимымъ. Въ особенности недѣлимыми будутъ права, при которыхъ вовсе не допускается участія нѣсколькихъ лицъ [16]). О нихъ здѣсь не будетъ рѣчи.

Доли, на которыя распредѣляется общее право въ случаѣ дѣлимыхъ правъ, опредѣляются только числомъ. Онѣ не проявляются тѣлесно, и въ особенности, не дѣлится тѣлесно та вещь, которая служитъ предметомъ общаго права [17]). Отсюда названіе этихъ долей въ источникахъ — partes pro indiviso или indivisae [18]); новые юристы называютъ ихъ вообра-

---

keit als Eigenschaft von Rechten (1884: Weitere Beiträge Heft 1); *Krainz*, Oesterr. PR. I стр. 241—244.

[16]) Примѣръ: римская власть домовладыки. *Windscheid* § 51.

[17]) L 66 § 2 de legat. II: iuris intellectu, non divisione corporis L 5 pr. de stip. serv. 45, 3.

[18]) L 5 § 5 commod. 13, 6 L 83 pro soc. 17, 2 L 7 § 4 quib. mod. pign. 20, 6. Кое-гдѣ встрѣчается утвержденіе, что только pars pro indiviso заслуживаетъ названія pars. L 25 § 1 V.S. 50, 16.

жаемыми, идеальными, интеллектуальными, счетными долями, «квотами» [19]).

Основная идея дѣленія права, — разграниченіе общаго правомочія, — осуществляется не во всѣхъ дѣлимыхъ правахъ одинаковымъ образомъ, вслѣдствіе различной природы этихъ правъ. Оттого и нельзя установить, сверхъ указанныхъ выше положительнаго и отрицательнаго признаковъ, болѣе общаго понятія о дѣленіи права. Поэтому болѣе ничего не остается, какъ изслѣдовать отдѣльныя гражданскія права въ отношеніи ихъ дѣлимости, и тамъ, гдѣ послѣдняя имѣетъ мѣсто, опредѣлить свойство этой дѣлимости [20]).

1. Въ вещныхъ правахъ единство предмета производитъ для нѣсколькихъ участниковъ общеніе въ правѣ, communio juris. Это общеніе не при всѣхъ вещныхъ правахъ будетъ, однако, раздѣльнымъ общимъ правомъ, — другими словами, не всѣ вещныя права дѣлимы.

a. Для собственности римское право знаетъ только раздѣльное общее право, если не считать не имѣющихъ значенія исключеній [21]). Напротивъ, въ нѣмецкомъ правѣ представляетъ нерѣдкое явленіе и

---

[19]) Но, эго, конечно, не фингированныя или не имѣющія значенія доли, ибо и безтѣлесное не лишено дѣйствія. Инаго мнѣнія *Steinlechner* I стр. 18. *Rümelin*, Teilung, стр. 80 и сл. предлагаетъ интеллектуальное дѣленіе называть предуказаннымъ (въ противоположность осуществляющемуся дѣленію). Въ такой перемѣнѣ названій я не вижу никакого преимущества.

[20]) Такое изслѣдованіе предпринялъ *Rümelin*, въ указ. соч., съ такой обстоятельностью, какой не обнаружилъ ни одинъ изъ его предшественниковъ; *Rümelin* рѣшительно содѣйствовалъ успѣху этого труднаго ученія.

[21]) Примѣръ ager publicus colonorum; *Brinz*, 2 A. § 131 пр. 5, § 176 пр. 22, § 436 пр. 7.

нераздѣльная общая собственность это — такъ называемая Miteigenthum zur gesammten Hand[22]).

Впрочемъ, и при раздѣльной общей собственности римскаго права разграниченіе долей соучастниковъ было не полнымъ. Право не разграничивало экономическаго пользованія вещью. И такъ какъ это пользованіе не могло быть осуществлено всѣми неограниченно, то являлась потребность пополнить дѣленіе, установленное объективнымъ правомъ, путемъ частнаго соглашенія (рѣшенія большинства) или судебнаго приговора[13]). Рядомъ дѣйствовали такія положенія права, содержаніе которыхъ могло быть согласовано съ другими началами, примѣняющимися къ вопросу о дѣлимости, и такія, которыя не могли быть выводами изъ какого бы то ни было понятія о дѣлимости. Укажемъ на допущеніе пріобрѣтенія активныхъ сервитутовъ собственникомъ, ограниченія собственника въ искѣ о собственности (partis vindicatio), наконецъ, приращеніе освободившейся доли[24]).

---

[22]) Чѣмъ объяснить это различіе? Лучшій отвѣтъ даетъ *Brinz*, § 131: «Въ нѣмецкомъ правѣ общая собственность выступала замѣтнымъ образомъ какъ продуктъ другихъ, высшихъ формъ общенія, какими были общеніе, представляемое маркой, супружескій союзъ, совокупное пожалованіе леномъ...; при наличности высшаго порядка общенія, опредѣленіе имущественныхъ долей представлялось излишнимъ... И только тамъ, гдѣ общая собственность выдвигалась впередъ, какъ самостоятельиая цѣль (ex societate), существующая сама для себя, безъ подчиненія высшей власти, или же какъ невольное послѣдствіе совмѣстнаго наслѣдованія или легата (такъ наз. communio incidens),— partes тотчасъ же становились... необходимыми... для мобилизаціи цѣнностей, соединенныхъ въ общей собственности.

[23]) *Rümelin*, Teilung стр. 74 и сл. и въ Iher. Jahrb. XXVIII стр. 408 и сл., 436, 464.

[24]) L 76 § 1 R.V. 6, 1 L 30 de liber. causa 40, 12 C. 16 R. V. 3, 3[2] (Eisele, указ. соч. стр. 53 и сл.) L 11 de serv. 8, 1; V 3 pro derel. 41, 47; къ этому *Rümelin*, Teilung стр. 56 и Jahrb. стр. 404—40.

Несмотря на такое смѣшеніе началъ дѣлимости и общенія, право собственности причисляется къ дѣлимымъ правамъ, такъ какъ согласно началамъ общаго права въ Германіи, собственности чужда идея полной совокупности права [25]).

b. Къ раздѣльному общему праву приводитъ и участіе нѣсколькихъ лицъ во владѣніи [26]), узуфруктѣ [27]), эмфитевзисѣ и суперфиціѣ [28]), наконецъ, въ залогѣ [29]). То обстоятельство, что переходъ залога къ нѣсколькимъ наслѣдникамъ кредитора, не смотря на дѣлимость права требованія, не вызываетъ дѣленія залоговаго права, является послѣдствіемъ нераздѣльной отвѣтственности по залогу [30]), а не послѣдствіемъ недѣлимости залоговаго права. Дѣлимость при всѣхъ указанныхъ выше правахъ приводитъ къ подобнымъ же отношеніямъ, какъ и дѣлимость при собственности.

c. Usus и реальные сервитуты допускаютъ лишь

---

[25]) Ведется оживленный, но мало плодотворный споръ о томъ, что подлежитъ дѣленію въ случаѣ общей собственности: вещь? право? содержаніе права? цѣнность? экономическая полезность (Nutzkraft)? Ни одна изъ этихъ формулъ не оказываетъ той услуги, которую ожидаютъ отъ нихъ. Болѣе правильнымъ будетъ самое распространенное представленіе, въ силу котораго право признается раздѣльнымъ. И такое представленіе не заходитъ далеко. *Rümelin*, Teilung стр. 84 и сл., теперь также *Windscheid* § 142 пр. 10.

[26]) L 26 de poss. 41, 2 L 32 § 2 de usurp. 41, 3. *Rümelin*, Teilung стр. 104 и сл.

[27]) L 5, 49, 50 de usufr. 7, 1 L 81 pr. ad leg. Falc. 35, 2; *Rümelin* Teilung стр. 117 и сл.

[28]) По аналогіи съ узуфруктомъ, *Scheurl*, указ. соч. стр. 54.

[29]) L 10 i. f. L 16 § 8 de pign. 20, 1 L 3 § 2 qui pot. 20, 4 L 9 § 4 quib. mod. pign. 20, 6.

[30]) C. 1, 2 si unus ex plur. her. 8, 31 (32) L 65 de evict 21, 2: propter indivisam pignoris causam.

совокупное право [31]); поэтому и здѣсь требуется пополнять законодательную регламентацію отношенія помощью юридической сдѣлки или судебнаго приговора [32]).

2. Въ обязательственныхъ отношеніяхъ участіе нѣсколькихъ лицъ можетъ имѣть мѣсто какъ въ правѣ, такъ и въ обязанности. Дѣлимость опредѣляется свойствами дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства: обязательство дѣлимо, когда результатъ, на который оно направлено, можетъ быть представленъ въ видѣ суммы однородныхъ частей [33]). Въ этомъ случаѣ дѣлимость не нарушитъ интересовъ какъ кредитора, такъ и должника [34]). Въ виду этого, будутъ дѣлимы всѣ обязательства о доставленіи собственности или инаго дѣлимаго вещнаго права (п. 1 a, b.); недѣлимы — обязательства, имѣющія предметомъ установленіе usus или реальнаго сервитута (п. 1 c.) [35]).

При обязательствахъ дѣленіе осуществляется иначе, чѣмъ при вещныхъ правахъ. Когда, напримѣръ, умираетъ кредиторъ дѣлимаго обязательства и оставляетъ нѣсколько наслѣдниковъ, тогда обязательство распадается на столько же самостоятельныхъ обязательствъ, сколько окажется наслѣдниковъ; каждое изъ этихъ обязательствъ будетъ имѣть свой особый предметъ дѣйствія и свою особую судьбу. Между

---

[31]) L 19 de usu 7, 8 L 11 de serv. 8, 1. Объ основаніи недѣлимости *Rümelin*, Teilung стр. 122 и сл., 134 и сл., 144 и сл., въ Jahrb. стр. 424, 428.

[32]) L 7 § 10 L 10 § 1 comm. div. 10, 3.

[33]) L 85 pr.—§ 2 L 2 § 1 I. O. 45, 1 *Rümelin*, Teilung стр. 173 и въ Jahrb. стр. 435.

[34]) L 80 § 1 ad leg. Falc. 35, 2 L 2 § 2 V. O. 45, 1.

[35]) L 54 pr. L 72 pr. V. O. 45, 1 L 5 de stip. serv. 45, 3.

нѣсколькими кредиторами не будетъ здѣсь никакого общенія въ правѣ[36]). И только въ виду общаго происхожденія, тутъ можно говорить о частичныхъ обязательствахъ (Theilobligationen).

3. Когда нѣсколько лицъ пріобрѣтаютъ одно и то же наслѣдство, тогда возникаютъ доли въ наслѣдствѣ (concursu partes fiunt). Наслѣдственную долю представляетъ опредѣляемое численно отношеніе, соотвѣтственно которому сонаслѣдникъ вступаетъ въ составныя части наслѣдства, въ права и обязанности, и можетъ оспаривать наслѣдство противъ третьихъ лицъ[37]). Дѣлимость осуществляется для отдѣльныхъ составныхъ частей наслѣдства тѣмъ способомъ, который отвѣчаетъ ихъ природѣ (п. 1 и 2); для недѣлимыхъ частей возникаетъ совокупное право или совокупная обязанность. Спорятъ о томъ, слѣдуетъ-ли относить наслѣдственное право къ дѣлимымъ или недѣлимымъ правамъ[38]). Такая постановка вопроса ошибочна. Наслѣдственное право переноситъ права и обязанности отъ одного лица на другое или на нѣсколько другихъ лицъ. Въ послѣднемъ случаѣ, совмѣстное наслѣдованіе служитъ основаніемъ, но не предметомъ дѣлимости[39]).

---

[36]) Nomina ipso jure in portiones hereditarias ex lege XII tabularum divisa sunt. C. 6 fam. erc. 3, 36.

[37]) L 7 si pars hered. pet. 5, 4: pars hereditatis pro indiviso. L 9 § 12 de hered. inst. 28, 5 L 10 § 1 H. P. 5, 3.

[38]) *Unger* позднѣе (Erbrecht § 2 пр. 17) измѣнилъ свой взглядъ (I § 67 пр. 22).

[39]) Объ общемъ правомочіи въ авторскомъ правѣ ср. *Kohler*, Iher. Jahrb. XVIII, стр. 390 и сл.; *Bekker* § 33 Beil. III.

Г) Притязанія.

§ 44.

1. Право, притязаніе. Actio*).

Понятіе притязанія было тщательно изслѣдовано съ юридической точки зрѣнія — впервые Виндшейдомъ, написавшимъ по этому вопросу сочиненіе, составившее эпоху. Впрочемъ, и раньше это понятіе не было вполнѣ неизвѣстно; оно выражалось словомъ «искъ». Но это словоупотребленіе, образовавшееся въ подражаніе римскому термину «actio», сдѣлалось источникомъ самыхъ разнообразныхъ споровъ и заблужденій. И теперь еще юристы далеки отъ соглашенія по вопросу о существѣ притязанія.

I. Слово притязаніе въ общепринятомъ употребленіи имѣетъ двоякое значеніе: съ одной стороны, настоящее, дѣйствительное значеніе требованія, обращенія къ кому-либо (interpellare, convenire), и, съ другой, — потенціальное значеніе полномочія на такое требованіе (actio, petitio, persecutio). Такая двойственность препятствуетъ нѣсколько употребленію слова «притязаніе» въ качествѣ техническаго термина. Однако, принятое прежде выраженіе «искъ»

---

*) *Windscheid*, Die Aktio des röm. Civilr. vom Standpunkte des heut. Rechts (1856); *Bekker*, Die Actionen des röm. Privatr. 2 Bde (1871,73); *Thon* Rechtsnorm und subject. Recht, Abshn. V (1878); *Kuntze*, Die Obligationen im röm. und heut. R. стр. 55—88 (1886); *Kohler*, Grünhuts Z. XIV Abh. 1 (1887); *Fischer*, Recht und Rechtsschutz (1889, Heft 6 der Beiträge zur Erläut. und Beurt. des Entw. eines bürg. GBuchs für das Deutche Reich); *Hanausik*, Verhandl. des XX Deutsch. Iur. Tags I стр. 306 и сл. (1889). О притязаніи въ смыслѣ СРО: *Wach*, Handb. des Civilpr. I стр. 293 и сл.; *Hellmann*, Iher. Iahrb. XXXI стр. 129 и сл.

и предлагаемое въ послѣднее время выраженіе «требованіе» страдаютъ еще болѣе указаннымъ выше порокомъ. Во всякомъ случаѣ, слѣдуетъ помнить о двойномъ значеніи «притязанія», и тогда недоразумѣнія будутъ предупреждены.

Въ данномъ мѣстѣ подлежитъ изслѣдованію не настоящее притязаніе, а притязаніе въ смыслѣ юридическаго полномочія, и, притомъ, только притязаніе гражданскаго права.

II. Притязаніе заключается въ наличности полномочія требовать отъ другаго лица извѣстнаго дѣйствія или воздержанія отъ дѣйствія [1]). Согласно этому, каждое притязаніе предполагаетъ:

1. опредѣленнаго противника или опредѣленное обязанное лицо,

2. состояніе неудовлетворенности, которое

3. можетъ и должно быть устранено противникомъ, хотя бы даже однимъ выраженіемъ его воли.

На основаніи 1 и 2 предположеній, нельзя признать притязанія за собственникомъ противъ всякаго третьяго лица о воздержаніи отъ нарушенія его собственности (ниже V. 1); согласно 3 предположенію, не можетъ быть притязанія о расторженіи, признаніи недѣйствительнымъ или ничтожнымъ извѣстнаго

---

[1]) *Fischer*, стр. 79 и сл. думаетъ ограничить примѣненіе притязанія кругомъ положительныхъ дѣйствій. Праву, въ силу котораго лицо можетъ требовать воздержанія отъ дѣйствія, не соотвѣтствуетъ ни исполненіе, ни принудительное осуществленіе; только дѣйствіе противоположнаго содержанія производитъ тутъ притязаніе. — Однако, воздержаніе (Unterlassen) и отступленіе (Ablassen) не покрываютъ другъ друга. Отступленіе предполагаетъ начатое и угрожающее продолженіемъ безпокойство. Отступиться значитъ сдѣлать остановку. Почему тутъ не можетъ примѣняться понятіе притязанія? Согласно съ изложеннымъ *Kohler*, Iher. Iahrb. XVIII стр. 432 и Grünhuts Z. стр. 3.

брака, объ учрежденіи или отмѣнѣ опеки, о признаніи существованія или несуществованія извѣстнаго права и др.

III. Только то притязаніе будетъ юридическимъ притязаніемъ, которое можетъ быть осуществлено юридическими средствами. Самое совершенное изъ такихъ средствъ есть искъ, т. е. осуществленіе притязанія передъ судомъ въ формѣ самостоятельной претензіи (actio въ формальномъ смыслѣ). Притязаніе, преслѣдуемое въ порядкѣ иска, римляне называли также actio (въ матеріальномъ смыслѣ) [2]).

Полномочіе на осуществленіе притязанія въ исковомъ порядкѣ заключаетъ въ себѣ право на осуществленіе этого притязанія въ порядкѣ и иныхъ способовъ защиты, — каковы, напримѣръ, ретенція, компензація, дедукція [3]). Но есть притязанія, которыя можно осуществлять только въ порядкѣ защиты послѣдняго рода, какъ, напримѣръ, притязаніе сонаслѣдника относительно коллаціи, притязаніе владѣльца чужой вещи на вознагражденіе за издержки [4]), притязанія, возникающія изъ naturalis obligatio, изъ beneficium excussionis, — divisionis и т. д. [5]).

«Притязаніе» современнаго права, хотя и всегда подлежитъ юридической защитѣ, но оно не всегда

---

[2]) Actio heredibus vel in heredes competit, venditio actionis, actionem habere, praestare, actione cedere.

[3]) L 156 § 1 R I. 50, 17.

[4]) L 48 R V. 6, 1 L 14 de doli mali exc. 44, 4.

[5]) L 51 de cond. indeb. 12, 6 L 19 de legat. III L 8 quae in fraudem creditorum 42, 8. На obligationes naturales особаго взгляда держится *Windscheid* § 44 пр. 3. Ср., однакоже, *Kohler*, Grünhuts Z XIV стр. 14; *Kuntze*, указ. соч. стр. 86. Едва ли требуетъ упоминанія что не для всякаго средства защиты служитъ основой притязаніе. CPO. § 491.

бываетъ исковымъ; въ этомъ отношеніи, оно шире римскаго понятія actio, которое было неразлучно связано съ правомъ иска [6]).

Съ другой стороны, существуютъ actiones, въ основѣ которыхъ не лежитъ никакого притязанія. Таковы actiones praejudiciales [7]). Подобно современнымъ положительнымъ искамъ о признаніи (Feststellungsklagen), они опираются на право, но не служатъ выраженіемъ ни для какого притязанія [8]).

Изъ предшествующаго ясно, что понятія «притязаніе» и «право иска» не покрываютъ одно другое.

IV. Притязанія, хотя и не тождественны съ гражданскими правами — собственностью, сервитутомъ, залоговымъ правомъ, обязательствомъ и т. д. — все же существенно связаны съ ними.

1. Что притязанія не тождественны съ гражданскими правами, — это всего нагляднѣе выступаетъ при абсолютныхъ гражданскихъ правахъ (§ 43 I). Мое право собственности имѣетъ иное содержаніе, чѣмъ мое притязаніе на собственность. Въ первомъ случаѣ мы видимъ подчиненность вещи въ цѣляхъ полной хозяйственной эксплоатаціи, во второмъ — требованіе выдачи ея. Право собственности направлено противъ всѣхъ, притязаніе на собственность — исключительно противъ владѣльца вещи. Притязаніе на собственность можетъ прекратиться (напримѣръ, при удовлетвореніи управомоченнаго, по давности), тогда какъ право собственности будетъ продолжать

---

[6]) *Windscheid* § 44.

[7]) Gai. IV 44 Paul. V 9 § 1.

[8]) *Bülow*, De praejud. form. (1859) p. 27; *Brinz* I § 79: «утвержденіе права безъ притязанія», § 97; *Windscheid*, § 45 Z. 3; *Hellmann*, Iher. Iahrb. XXXI стр. 90 и сл.

свое существованіе. Только притязаніе можетъ быть уступлено по цессіи, и тогда уступленная rei vindicatio можетъ быть направлена даже противъ самого собственника [9]). Равнымъ образомъ распоряженіе вещью, на основаніи обязательственнаго права, можетъ создать препятствіе притязанію, возникшему изъ вещнаго права, но не самому вещному праву [10]).

Не такъ рѣзко проявляется различіе между правомъ и притязаніемъ при относительныхъ (релятивныхъ) гражданскихъ правахъ. Направленіе на опредѣленнаго противника тутъ принадлежитъ уже самому праву. Нерѣдко въ притязаніи проявляется все практическое значеніе права. Этимъ и объясняется то, что actio нерѣдко употребляется для обозначенія obligatio [11]). И, несмотря на это, когда я даю взаймы съ обязательствомъ возврата мнѣ долга по истеченіи трехъ лѣтъ, я тотчасъ же получаю право требованія, тотчасъ же становлюсь кредиторомъ, но притязанія пока я еще не имѣю, — actio nondum nata est [12]). Равнымъ образомъ, обязательство съ отрицательнымъ содержаніемъ немедлен-

---

[9]) L 63 R.V. Осуществленіе притязанія противъ собственника оспариваетъ *Exner*, Tradition, стр. 192. Ср. *Leist*, Die Sicherung von Forderungen (1889) стр. 31 и сл.

[10]) I. 9 R.V. 6, 1 L 18 pr. fam. erc. 10, 2. Менѣе способной къ сопротивленію будетъ безвозмездно пріобрѣтенная собственность, L 4 § 29, 31 de doli mali exc. 44, 4, и еще менѣе — всякая собственность въ столкновеніи съ exceptio rei venditae et traditae, имѣющей почти абсолютное дѣйствіе. L 3 de exc. rei vend. 21, 3.

[11]) L 8 § 11 ad Sc. Vell. 16, 1 L 10 AEV. 19, 1 L 38, 40 O. e. A. 44, 7.

[12]) Самое большее, что здѣсь можно признать, притязаніе на обезпеченіе. Ср. также *Rosin*, Recht der Arbeiterversicherung I, стр. 419 и сл., — о томъ, какъ расходятся, въ случаѣ страхованія рабочихъ, право на попеченіе и притязаніе на попеченіе.

но производитъ право требованія; однакоже, оно, какъ и вещное право, не даетъ притязанія, которое могло бы быть осуществлено юридически прежде совершенія дѣйствія, котораго противная сторона обязалась не совершать. Отъ обязательственнаго притязанія совершенно отличается обязательственное отношеніе, — отношеніе порученія, купли, найма, товарищества, — изъ котораго можетъ возникнуть цѣлый рядъ притязаній.

2. Тѣсная связь между правомъ и притязаніемъ находитъ свое выраженіе въ судебномъ осуществленіи: ajo hanc rem meam esse, ajo jus mihi esse utendi fruendi illa re etc. Право служитъ основой притязанія. Притязанія исходятъ изъ правъ и погашаются вмѣстѣ съ послѣдними. Нѣтъ притязанія безъ права, нѣтъ actio безъ jus. Можно подумать, что въ Римѣ иногда примѣнялось противоположное правило. Преторъ устанавливалъ actio для такихъ случаевъ, гдѣ права еще не существовало, напримѣръ, actio publiciana. Однако, въ дѣйствительности, онъ, вмѣстѣ съ actio, творилъ и jus; правда, это было jus honorarium, но все же jus [13]).

---

[13]) *Windscheid*, со своимъ утвержденіемъ, будто можно имѣть actio, не имѣя права (Aktio стр. 4, смягчено въ Pand. § 44 пр. 5), встрѣтилъ общее противодѣйствіе. Однако, немалое число его противниковъ не задумывалось представлять себѣ actio in rem publiciana, какъ явленіе, существующее само по себѣ, и даже прямо отрицать право, лежащее въ основѣ ея, напримѣръ, Arndts § 96 A. 4 § 170. Дѣйствительно ли Виндшейдъ неправъ? *Brinz* 2. A. § 216 пр. 10—12 находитъ actio безъ jus въ utiles in rem actiones, которыя служатъ не-собственнику для осуществленія притязанія о вознагражденіи. (L 5 § 3 R. V. 6, 1 L 9 § 2 ARD. 41, 1 и др.). Однако, въ дѣйствительности, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ обязательственнымъ правомъ, которое только снабжено аномальнымъ средствомъ правоваго осуществленія. *Jhering* въ своихъ Iahrb. I стр. 120 и сл.; *Hartmann*, Die Obligation, стр. 133 и сл.

Притязаніе имѣетъ юридическое бытіе лишь какъ отраженіе конкретнаго гражданскаго права. Юридическаго притязанія о выдачѣ вещи вообще нѣтъ, а есть только притязаніе о выдачѣ вещи, основанное на правѣ собственности, залога, ссуды, купли, подобно тому какъ нѣтъ вообще права пользованія вещью, а есть только право пользованія собственника, узуфруктуарія, арендатора и т. д. Притязанія суть несамостоятельныя права.

V. На вопросъ, какъ и когда возникаютъ притязанія, нельзя дать одного общаго отвѣта; въ частности, нельзя сказать, что возникновеніе всякаго притязанія обусловлено нарушеніемъ права [14]).

1. Изъ абсолютныхъ правъ притязаніе обыкновенно возникаетъ тогда, когда третье лицо противозаконно безпокоитъ управомоченнаго при осуществленіи его права. Только въ такомъ случаѣ появляется противникъ и возникаетъ состояніе неудовлетворенности. При вещныхъ притязаніяхъ о выдачѣ вещи (rei vindicatio, actio publiciana, actio hypothecaria и пр.) противникъ всегда бываетъ на лицо съ того момента, когда вещь переходитъ въ руки лица, не имѣющаго на нее вещнаго права. Однако, это лицо не всегда бываетъ обязано немедленно выдать вещь. Напримѣръ, не обязанъ къ этому арендаторъ во все продолженіе своей аренды [15]). Съ другой стороны, притязаніе о выдачѣ вещи можетъ подлежать немедленному осуществленію, хотя бы лицо, удерживающее вещь у себя, и было свободно

---

[14]) Инаго мнѣнія *Savigny* V стр. 281 и сл.; *Kierulff* стр. 192 и сл.; *Puchta*, Vorl. I стр. 204; *Keller* § 85, съ очень невыгоднымъ послѣдствіемъ для давности (ниже § 183).

[15]) C. 7 § ult. de praescr. XXX ann. 7, 39.

отъ упрёка въ томъ, что оно противозаконно завладѣло ею. Таковъ именно случай, когда кто-либо владѣетъ чужою вещью, хотя и по волѣ управомоченнаго, но на такомъ основаніи, по которому вещь можетъ быть отобрана у него во всякое время [16]).

По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, каждое абсолютное право производитъ притязаніе немедленно по своемъ возникновеніи и независимо отъ какого бы то ни было нарушенія, — а именно притязаніе по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ о воздержаніи ихъ отъ вторженія въ сферу даннаго права [17]). Однако, то, что здѣсь называютъ притязаніемъ, представляется понятіемъ, не имѣющимъ юридическаго значенія. Такое притязаніе нельзя осуществить судебнымъ порядкомъ; оно не подлежитъ давности; его нельзя цедировать.

2. Что касается обязательствъ, то изъ отрицательныхъ обязательствъ притязаніе возникаетъ только тогда, когда обязанное лицо совершаетъ дѣйствіе, противоположное по своему содержанію обѣщаннымъ имъ дѣйствіямъ. Раньше этого, имѣется на лицо противникъ, но нѣтъ состоянія неудовлетворенности. Эта особенность отрицательныхъ обязательствъ приближаетъ ихъ къ абсолютнымъ правамъ.

---

[16]) О возникновеніи притязанія изъ авторскаго права *Kohler* Iher. Iahrb. XVIII стр. 143 и сл.

[17]) *Windscheid* § 43 пр. 3. Нѣкоторые съ этимъ согласны (*Lenel*, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, стр. 5, 11; *Schey*, Grünhuts Z. VII стр. 768; *Bierling*, Grundbegriffe II стр. 181 и сл.), однако противниковъ больше (*Neuner*, Privatrechtsverh. Стр. 158, 170 и сл.; *Ihering* въ своихъ Iahrb. X стр. 302; *Brinz* 2. A. § 79; *Thon*, Rechtsnorm стр. 156 и сл.; *Kuntze* ук. соч. Стр. 72; *Kohler*, Grünhuts Z. XIV, стр. 10 и Prozessr. Forsch. Стр. 74; *Fischer*, ук. соч. стр. 76; *Hölder*, Krit. VJSchr. XXXII стр. 366).

При положительныхъ обязательствахъ правомочіе кредитора - требовать немедленнаго дѣйствія - можетъ возникнуть и безъ совершенія правонарушенія обязаннымъ лицомъ [18]). Существуетъ рядъ обязательствъ, для исполненія которыхъ требуется особое напоминаніе со стороны кредитора, напримѣръ, заемъ или ссуда на неопредѣленное время, прекарій. И тѣмъ не менѣе, притязаніе изъ такихъ обязательствъ рождается немедленно съ возникновеніемъ обязательства, такъ какъ кредиторъ съ самаго начала уполномоченъ требовать условленное дѣйствіе [19]). Даже въ случаѣ поклажи притязаніе возникаетъ немедленно съ передачей вещи, хотя депозитарій исполняетъ только свою обязанность, когда онъ удерживаетъ вещь въ своихъ рукахъ до тѣхъ поръ, пока ее не потребуетъ депонентъ [20]). Правомочіе къ требованію

---

[18]) L 18 de fidei. 46, 1 L 21 § 1 de pecun. const. 13, 5 и къ этому *Bruns*, Z. f. RG. I стр. 62. О возникновеніи соціально-политическаго притязанія о попеченіи изъ права о попеченіи см. *Rosin* Право страхованія рабочихъ I стр. 464.

[19]) L 94 § 1 de solut. 46, 3: confestim nascetur actio и arg. L 8 § 7 de precar. 43, 26. Несмотря на это, писатели, поименованные въ прим. 14, опираясь на теорію, по которой притязаніе возникаетъ только съ нарушеніемъ права (Verletzungstheorie), утверждаютъ, что при указанныхъ въ текстѣ обязательствахъ actio возникаетъ только съ момента оповѣщенія со стороны кредитора, не принимая во вниманіе, что въ такомъ случаѣ совсѣмъ подрывается защита, которую имѣетъ въ виду давность. Противнаго мнѣнія: *Windscheid* § 107 пр. 5, *Dernburg* I § 146 пр. 6 и преобладающая практика *Seuff.* XLII 5 (RGE. XV N. 37 стр. 179) и мотивы.

[20]) L 1 § 22 depos. 16, 3: qui rem deposuit, statim posse depositi agere. Примѣръ изъ новѣйшаго права: по презентаціоннымъ бумагамъ (напримѣръ, векселю) притязаніе возникаетъ съ наступленіемъ срока платежа, хотя должникъ до того момента, какъ бумага будетъ предъявлена ему, вовсе не можетъ произвести платежа. *Brunner* въ Endemanns Handb. des Handelsr. II стр. 155, 158 пр. 11, 12.

дѣйствія должно быть въ наличности: притязаніе о возвращеніи залога возникаетъ лишь тогда, когда погашено обезпеченное имъ требованіе, притязаніе о совершеніи расчета — тогда, когда совершено уже дѣйствіе по заключенной сдѣлкѣ[21]). На основаніи правила: in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur (L. 14 R. I. 50, 17), возникновеніе притязанія весьма часто совпадаетъ съ возникновеніемъ обязательства; установленіе же срока для дѣйствія отодвигаетъ возникновеніе притязанія. Распространенность неправильнаго взгляда, по которому притязаніе всегда вытекаетъ только изъ нарушенія права, объясняется, главнымъ образомъ, смѣшеніемъ притязанія съ искомъ. Въ самомъ дѣлѣ, иногда притязаніе можетъ возникнуть въ такомъ видѣ, что будетъ подлежать судебному осуществленію, тогда какъ обращеніе къ судебной помощи окажется все-таки неосновательнымъ. Для того, чтобы предъявленіе иска было основательнымъ, ему долженъ предшествовать при положительныхъ обязательствахъ открытый или молчаливый, но распознаваемый изъ обстоятельствъ дѣла, отказъ отъ добровольнаго удовлетворенія по данному праву требованія. Напротивъ, для возникновенія гражданско-правоваго притязанія, какъ таковаго, и для осуществленія его въ процессѣ вовсе не нужно такого поведенія отвѣтчика, которое служило бы поводомъ къ возбужденію иска. Недостатокъ повода къ иску не влечетъ за собою устраненія иска и осуществляемаго въ немъ притязанія. Отвѣтчикъ приговариваетъ-

---

[21]) L 9 § 3 de pign. act. 13, 7; *Klewitz*, Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung (1890) стр. (44 и сл.

ся къ исполненію, — только издержки по процессу, начатому безъ достаточнаго основанія, падаютъ на истца [22]).

VI. Притязанія какъ изъ абсолютныхъ, такъ и изъ относительныхъ правъ стоятъ несравненно ближе другъ къ другу, чѣмъ лежащія въ ихъ основѣ права. Тѣ и другія притязанія направляются на опредѣленное лицо и на опредѣленное поведеніе его. Тѣ и другія могутъ быть уступлены по цессіи [23]), и, насколько предметъ ихъ однороденъ, могутъ быть предъявлены, къ компенсаціи. Тѣ и другія подлежатъ прекращенію путемъ удовлетворенія, давности, конкуренціи. Притязанія изъ абсолютныхъ правъ содержатъ въ себѣ, несомнѣнно, нѣчто подобное правамъ по обязательствамъ [24]). Однако, отводить имъ въ системѣ права мѣсто въ отдѣлѣ обязательствъ — значило бы производить большую путаницу. Притязанія всегда стоятъ въ зависимости отъ права: даже въ лицѣ цессіонарія они перестаютъ существовать, вмѣстѣ съ прекращеніемъ права у цедента; въ конкурсѣ, учрежденномъ надъ должникомъ, они обсуждаются иначе, чѣмъ обязательственныя притязанія. Самымъ естественнымъ въ системѣ права мѣстомъ

---

[22]) СРО. § 89: «Если отвѣтчикъ своимъ образомъ дѣйствія не далъ повода къ предъявленію иска, то издержки по процессу падаютъ на истца». *Wach*, Handb. d. Civilproz. I стр. 20 пр. 18; *Kohler*, Der Prozess als Rechtsverhältniss, стр. 12.

[23]) Для притязаній изъ вещныхъ правъ это открыто признано Юстиніаномъ. C. 9 de her. vel. act. 4, 39, но не впервые введено, L 21, 63 RN. 6, 1 L 25 § 8 locati 19, 2 и др. *Jhering* въ своихъ Jahrb. I стр. 104, 120; *Kohler*, Krit. VJSchr. XXX стр. 211 пр. 1.

[24]) § 5 I. de except. 4, 13: Si judicio tecum actum fuerit sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat. Kuntze, указ. соч. стр. 73, 76.

для притязаній было бы то, которое занимаютъ права, служащія ихъ основаніемъ [25]).

§ 45.

2. Виды гражданскоправовыхъ притязаній.

Источники содержатъ многочисленныя подраздѣленія actiones, и съ этими подраздѣленіями связываются отчасти практическія положенія права. Принимая во вниманіе различіе actio и притязанія, необходимо изслѣдовать особенно вопросъ, можно ли перенести подраздѣленія, относящіяся къ actiones, на притязанія. Отсюда нужно изъять тѣ различія actiones, которыя проистекаютъ исключительно изъ особенностей римскихъ отношеній и потому чужды современному праву. Къ этимъ различіямъ принадлежатъ:

1. Противоположеніе actiones по ихъ происхожденію (actio civilis, honoraria, praetoria, aedilicia [1]).

2. Противоположенія, вытекающія изъ римскихъ судебныхъ и процессуальныхъ учрежденій (actio и extraordinaria persecutio, actio directa, utilis, ficticia, in jus, in factum concepta, arbitraria, certa, incerta, actio и interdictum) [2]).

3. Противоположеніе actiones populares и privatae [3]).

---

[25]) См. *G. Rümelein*, Civ. Arch. LXVIII стр. 192 и сл. Противъ — *Kohler*, Grünhuts Z. XIV стр. 12 и сл.

[1]) *Keller*, Röm. Civilprozess § 89 I; *Bethmann-Hollweg*, Röm. Civilprozess II § 96.

[2]) *Savigny* V § 213—224; *Wächter*, Erörterungen II стр. 1—125; *Keller*, указ. соч. § 74—76, 81, 88, 89; *Bethmann-Hollweg* II § 96, 122; *Bekker*, Aktionen II стр. 51—153, 190—211.

[3]) *Bruns*, Z. f. RG. III стр. 341—415; *Maschke*, Z. d. Sav.-St. IV стр. 226—241; *Paalzow*, Zur Lehre von den röm. Popularklagen (1889); *Jhering*, Geist I § 14 пр. 96 и сл.; *Brinz* § 86.

4. Actiones famosae, — такъ какъ infamia не составляетъ вовсе института современнаго права.

Вопросъ о томъ, имѣетъ ли еще теперь значеніе различіе между actiones stricti juris и bonae fidei, въ виду его тѣсной связи съ существомъ обязательства, лучше будетъ изслѣдовать въ ученіи объ обязательствѣ.

I. Дѣленіе actiones на actiones in rem и actiones in personam (personales) было у римлянъ высшимъ подраздѣленіемъ [4]). Actiones in personam суть actiones, возникающія изъ обязательствъ; всѣ прочія actiones представляютъ собою actiones in rem [5]). Дѣленіе это на первый взглядъ можетъ показаться страннымъ, такъ какъ всякая actio направлена на опредѣленнаго противника, и въ этомъ смыслѣ будетъ in personam. Однако, основаніе дѣленія коренится не въ actio, а въ jus. Только права по обязательствамъ съ самаго начала касаются опредѣленнаго противника. Вещныя права состоятъ въ отношеніи управомоченнаго къ безличному предмету; положеніе наслѣдника ставитъ его въ извѣстныя отношенія ко всѣмъ третьимъ лицамъ; кто состоитъ подъ властью семейственнаго права, тотъ является предметомъ права, а не противникомъ управомоченнаго. Всѣмъ этимъ правамъ одинаково не достаетъ отношенія къ опредѣленному противнику; это и выражается словами «in rem» [6]). Правда, дополненіе «in rem» прибавляется

---

[4]) *Savigny* V § 206—209; *Bekker*, Aktionen I стр. 200 и сл.

[5]) Gai. IV 1 § 1 I. de act. 4, 6 L 25 pr. O. e. A. 44, 7.

[6]) Въ такомъ же общемъ значеніи выраженіе — in rem встрѣчается и въ другихъ комбинаціяхъ: съ exceptio (L 2 § 1, 2 de doli m. exc. 44, 4), съ pactum (L 7 § 8 L 57 § 1 de pact. 2, 14), съ restitutio in integrum (Paul. I 7 § 4), со stipulatio (L 10 ut legat. 36, 3).

источниками не къ jus, а къ actio. Но это объясняется римскимъ обыкновеніемъ обсуждать правовыя явленія съ точки зрѣнія судебнаго осуществленія; римляне задаются вопросомъ о принадлежности данному лицу иска, actio, а не права, jus [7]). Матеріальное различіе двухъ приведенныхъ видовъ actiones выражалось какъ въ legis actio, такъ и въ formula in jus concepta. Претензія истца обозначалась при actiones in personam словами: reum dare oportere, — при actiones in rem: rem, hereditatem Titii, jus eundi agendi actoris esse [8]).

Итакъ, различіе actiones in rem и actiones in personam покоится на противоположеніи абсолютныхъ и относительныхъ гражданскихъ правъ. Это основаніе не утратило своего значенія и теперь; поэтому, дѣленіе притязаній на личныя и неличныя (вещныя) не подлежитъ сомнѣнію. Но мы въ настоящее время

---

[7]) L S 1 fin. reg. 10, 1 L 3 § 3 ad exhib. 10, 4 L 6 § 5 de aqua 39, 3. Для права, лежащаго въ основѣ иска, римляне иногда не имѣли вовсе названія (напримѣръ, при actio ad exhibendum) или, по крайней мѣрѣ, никакого особаго названія (напримѣръ, при actio Publiciana). Actio hypothecaria римскіе юристы изслѣдовали тщательно; и тѣмъ не менѣе лишь въ двухъ мѣстахъ, и то случайно, упоминается, что гипотечное залоговое право есть jus in re. L 30 de nox. act. 9, 4 L 19 pr. de damno inf. 39, 2.

[8]) Слишкомъ большаго значенія построенію intentio нельзя придавать, какъ этому учитъ actio quod metus causa. Ср. *Lenel*, Edict. perp. Стр. 93 и § 21 I. de act. 4, 6. Институціи Юстиніана говорятъ о трехъ actiones divisoriae (communio dividundo, familiae herciscundae, finium regundorum): mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam (§ 20 I. de act. 4, 6). Почему? Вѣроятно потому, что съ утвержденіемъ права сособственности (in rem) соединялось утвержденіе обязанности къ дѣйствію по обязательственному праву (praestationes personales). Такъ *Brinz* I 84 пр. 24—26, подобно *Bekker*, Aktionen I стр. 240. Иное объясненіе даетъ *Savigny*, V § 209 l—o, и еще иное *Eck*, Die sog. doppelseitigen Klagen стр. 91 и сл.

придаемъ мало значенія такой (слишкомъ) общей характеристикѣ. Мы идемъ далѣе и различаемъ притязанія вещнаго, обязательственнаго, семейственнаго, наслѣдственнаго права. Въ противоположность римлянамъ, мы беремъ исходнымъ пунктомъ права̀ и по нимъ опредѣляемъ притязанія. У насъ на первомъ планѣ стоятъ не притязанія, а права [9]).

II. Actiones quibus rem persequimur и actiones poenales. Основаніемъ этого дѣленія является цѣль, для достиженія которой служитъ actio, именно, дается ли actio rei или poenae persequendae gratia comparata [10]). Но объясненія этого положенія нужно искать не въ неопредѣленномъ понятіи res, а въ понятіи poena.

Poena (наказаніе) принимается здѣсь въ узкомъ и обыкновенномъ значеніи того зла, которое въ силу закона постигаетъ виновника недозволеннаго дѣянія, именно вслѣдствіе недозволенности этого дѣйствія [11]). Наказаніе преслѣдуетъ неправду въ лицѣ виновника ея, и въ этомъ значеніи оно обнимаетъ какъ публичный, такъ и частный штрафъ. Особенность частнаго штрафа состоитъ лишь въ томъ, что иниціатива и осуществленіе уголовнаго преслѣдованія предоставляется волѣ потерпѣвшаго. Въ этихъ видахъ

---

[9]) *Windscheid*, Aktio стр. 3,229 и сл. и Pand. § 44 пр. 2; *Jhering*, Geist II § 47c пр. 907a—909a.

[10]) Gai IV 6—9 § 16—19 I. de act. 4, 6.

[11]) Иногда словомъ poena обозначается ущербъ, который имѣетъ своимъ основаніемъ не деликтъ (напримѣръ, poenae secundarum nuptiarum, далѣе l. 19 pr. de condict. indeb. 12, 6 L 1 § 4 ad Scm. Mac. 14, 6), и даже такой ущербъ, возмѣщеніе котораго происходитъ не на основаніи предписанія закона, а на основаніи юридической сдѣлки (stipulatio poenae, legatum poenae nomine relictum).

ему дается actio; это и есть actio poenalis. Средствомъ наказанія служитъ здѣсь чаще всего денежная сумма, уплачиваемая обидчикомъ потерпѣвшему; — вслѣдствіе чего actio poenalis доставляетъ обыкновенно потерпѣвшему обогащеніе. Однако, обогащеніе есть только послѣдствіе, стоящее на второмъ планѣ и не составляющее ни необходимости, ни существеннаго свойства actio poenalis [12]). Цѣлью послѣдней служитъ наказаніе, а потому actio poenalis и не мыслима безъ деликта [13]).

Цѣль actiones quibus rem persequimur можно охарактеризовать только отрицательно, сказавъ, что, цѣлью ихъ служитъ не наказаніе. Всякая попытка дать положительное опредѣленіе цѣли этихъ исковъ будетъ неудачна вслѣдствіе крайняго разнообразія ихъ. Они обнимаютъ всѣ actiones in rem, насколько послѣднія содержатъ притязанія; затѣмъ — всѣ actiones in personam, исключая — poenales. Въ настоящее время за этими исками остается названіе «реиперсекуторныхъ» («reipersecutorisch»), которое и слѣдуетъ сохранить до тѣхъ поръ, пока не найдется лучшаго [14]).

---

[12]) *Brinz*, 2. A. I § 85. Другіе (напримѣръ, Savigny, § 210) на первый планъ ставятъ точку зрѣнія обогащенія на одной сторонѣ и обѣднѣнія — на другой. Этимъ настоящему противоположенію придается не-римское освѣщеніе.

[13]) Повидимому, несогласно съ этимъ L 23 § 4 de aed. ed. 21, 1: actiones poenales, quae ex contractu veniunt. Однако, настоящимъ основаніемъ приведеннаго рѣшенія служило нарушеніе предписанія эдила — объявлять о недостаткахъ вещи.

[14]) И римляне не были въ этомъ отношеніи счастливѣе. Основательно утверждали, что названіе rei persecutio ничего не говоритъ о содержаніи института. *Windscheid*, Aktio стр. 23. Описаніе въ L 35 O. e. A. 44, 7: persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, должно быть признано или узкимъ или широкимъ: по-

Poena первоначально была единственнымъ юридическимъ послѣдствіемъ деликта [15]). Въ суммѣ штрафа заключалось для потерпѣвшаго и вознагражденіе за причиненный ему имущественный ущербъ, если только онъ не имѣлъ особаго притязанія изъ другаго права, напримѣръ, собственности, договора и т. д. Изъ одного лишь furtum развилось особое притязаніе о возмѣщеніи ущерба, condictio furtiva [16]). Всѣ прочія actiones poenales, имѣвшія источникъ въ поврежденіи чужаго имущества, служили долгое время и цѣли вознагражденія за ущербъ. Эта функція штрафныхъ исковъ сначала вызывала теоретическія сомнѣнія [17]), а потомъ получила практическое признаніе, именно — въ недопущеніи совмѣще-

---

слѣдствіе обѣщанія даренія или легата отсутствуетъ изъ моего имущества не въ большей и не въ меньшей степени, чѣмъ сумма штрафа, навлекаемаго деликтомъ. *Savigny*, указ. соч., передаетъ rei persecutoriae по-нѣмецки слѣдующимъ образомъ: иски о полученіи, т. е. направленные на полученіе имущества (erhaltende Klagen). Но какъ быть съ притязаніемъ изъ обѣщаннаго дара? изъ легата? *Arndts* § 98 говоритъ объ искахъ о вознагражденіи (Ersatzklagen); слишкомъ узко. *Brinz* § 85: притязанія, посредствомъ которыхъ осуществляется свое право, а не преслѣдуется чужая неправда. Но развѣ обокраденный не осуществляетъ своего права посредствомъ actio furti? Ср. также *Binding*, Normen 2. Aufl. I стр. 475, пр. 22.

[15]) Даже actio legis Aquiliae, при которой юридическія послѣдствія соразмѣрялись всецѣло съ причиненнымъ вредомъ, не только называется poenalis, но и практически такъ же трактуется. Gai IV. 112 Ulp. L 11 § 3 L 23 § 8 ad leg. Aq. 9, 2. Paul. I 13a § 6. Непонятнымъ образомъ въ другомъ мѣстѣ Gai. IV 9 штрафной элементъ ея ограничивается случаями, гдѣ она приводится среди actiones, quibus rem et poenam persequimur и является послѣдствіемъ запирательства.

[16]) L 7 § 1, 2 de cond. furt. 13, 7. Рядомъ съ ней ставится actio rerum amotarum, о которой говорится: licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. L 21 § 5 de act. rer. amot. 25, 2.

[17]) Gai. IV. 8: secundum quorundam opinionem.

нія (кумуляціи)actio poenalis съ другими actiones, направленными на устраненіе того же ущерба [18]), а также — въ ограниченіи отвѣтственности по этому иску наслѣдника того лица, которое причинило вредъ [19]). Въ Институціяхъ Юстиніана такая перемѣна во взглядѣ на штрафные иски и на роль ихъ, въ качествѣ исковъ о возмѣщеніи ущерба, выступаетъ еще опредѣленнѣе: actio vi bonorum raptorum характеризуется какъ actio mixta, а штрафной элементъ actio legis Aquiliae обнаруживается лишь въ видѣ послѣдствій, связанныхъ съ запирательствомъ отвѣтчика, и выражается въ благопріятной для истца [20]) оцѣнкѣ ущерба. Такимъ образомъ, уголовный элементъ штрафа все болѣе и болѣе уступаетъ мѣсто гражданскому элементу вознагражденія за ущербъ.

Poena уже раньше перестала быть единственнымъ юридическимъ послѣдствіемъ деликта [21]).

---

[18]) L 36 § 2 HP. 5, 3 L 18 ad leg. Aq. 9, 2 L 43 locati 19, 2 L 55 § 1 de adm. tut. 26, 7 L 50 pro socio 17, 2 L 34 § 2 O. e. A. 44, 7, всѣ принадлежатъ Павлу. Къ нимъ Ulp. L 13 R. V. 6, 1 L 7 § 1 commod. 13, 6; Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen (1867) стр. 116 и сл.

[19]) L 5 pr. de calumn. 3, 6 L 35 O. e. A. 44, 7 L 38 R. I. 50, 17. Отвѣтственность наслѣдника за деликтъ наслѣдодателя нельзя называть наслѣдованіемъ въ обязанностяхъ послѣдняго. Actio, направленная противъ наслѣдника, есть perpetua (L 17 quod met. c. 4, 2 L 29 de dolo m. 4, 3 L 3 § 1 de vi 43, 16), она не производитъ infamia (L 29 de dolo m.) и отчасти носитъ другое имя (L 52 R. V. 6, 1 L 20 § 80 per. n. n. 39, 1 L 1 § ult. L 3 § 1 de vi 43, 16; сюда же — L 11 quae in fraud. cred. 42, 8 L 28—30 de dolo m. 4, 3; но также — L 15 § 3, 4 quod vi 43, 24 L 16 § 2 L 17, 19 quod met. c. 4, 2). Равнымъ образомъ, нѣсколько наслѣдниковъ отвѣчаютъ не по наслѣдственнымъ долямъ, но каждый въ мѣрѣ того, что къ нему дошло изъ деликта. L 9 pr. de vi 43, 16. *Kierulff* стр. 242; *Bekker*, Aktionen I стр. 175.

[20]) § 19 I. de act. 4, 5 § 6 т. de lege Aq. 4, 3.

[21]) L 4 § 6 L 5—7 de alien. jud. mut. c. 4, 7 L 21 § 5 de act. rer.

Превращеніе, начавшееся на римской почвѣ, завершилось у новѣйшихъ народовъ. Всюду, гдѣ и насколько притязаніе, возникающее изъ деликта, имѣетъ цѣлью вознагражденіе за причиненный ущербъ, оно перестало быть притязаніемъ о штрафѣ и превратилось въ притязаніе о возмѣщеніи ущерба [22]). Тутъ послѣдовательнѣе всѣхъ было каноническое право. Оно поставило отвѣтственность наслѣдника по возмѣщенію ущерба, причиненнаго деликтомъ наслѣдодателя, на совершенно одинаковый уровень съ отвѣтственностью по другимъ обязательствамъ [23]). Нѣмецкая практика сдѣлала опять шагъ назадъ: она ограничила отвѣтственность наслѣдника за причиненный деликтомъ наслѣдодателя ущербъ размѣрами наслѣдства. Первоначально этотъ шагъ былъ сдѣланъ потому, что практика ошибочно толковала выраженіе каноническаго права — juxta facultates suas въ смыслѣ — juxta facultates hereditatis [24]); а потомъ, когда ошибка выяснилась, прак-

---

amot. 25, 2. Своеобразный процессъ развитія пережила actio quod metus causa. *Gradenwitz*, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887) стр. 30 и сл. Ко всему этому см. *Jhering*, Schuldmoment стр. 61: идея наказанія, штрафа уступила мѣсто идеѣ возмѣщенія ущерба.

[22]) Кумулятивная отвѣтственность въ L 11 § 2 ad leg. Aq. 9, 2 стоитъ въ рѣжущемъ противорѣчіи съ современнымъ взглядомъ на дѣло; практически она болѣе не признается. *Windscheid* II § 455 пр. 26.

[23]) Cap. 14 X de sepult. 3, 28 Cap. 5 X de raptor. 5, 17 Cap. 9 X de usur. 5, 19 Cap. 28 X de sent. excomm. 5, 39.

[24]) Объ этомъ и о сомнѣніи, возбуждаемомъ вопросомъ объ обязательности для протестантовъ предписаній каноническаго права см. J. G. *Boehmer*, Jus eccles. prot. V tit. XVII § 134—136; *Müller*, ad Leyseri medit. VI p. 176 sq.

тика сознательно удержала прежній взглядъ, какъ болѣе мягкій для отвѣтчика [25]).

Основная идея римскаго дѣленія actiones имѣетъ за себя данныя и въ современномъ правѣ. И мы имѣемъ основаніе отдѣлять притязанія штрафныя отъ притязаній нештрафныхъ (реиперсекуторныхъ). Только распредѣленіе тѣхъ и другихъ теперь иное. Большое число actiones poenales отходитъ къ притязаніямъ нештрафнымъ (реиперсекуторнымъ). Прочія сильно уменьшились въ числѣ, вслѣдствіе развитія публичнаго права наказанія. Напротивъ, теперь обнаруживается потребность, внутри нештрафныхъ (реиперсекуторныхъ) притязаній, дѣлать различіе по матеріальному основанію ихъ возникновенія, а именно, различать то, вытекаютъ ли они изъ деликта или изъ другаго юридическаго основанія, — такъ какъ пассивное наслѣдованіе этихъ исковъ въ томъ и другомъ случаѣ различно.

Вмѣсто того, чтобы, какъ это сдѣлано здѣсь, противополагать притязанія штрафныя и притязанія о возмѣщеніи ущерба, возникшаго изъ деликта, нѣкоторые предлагаютъ различать односторонніе и двусторонніе штрафные иски (въ смыслѣ притязаній) [26]). Это не отвѣчаетъ ни римскому, ни современному представленію.

III. Actiones vindictam spirantes [27]). Первоначально poena privata была, вѣроятно, ничѣмъ инымъ, какъ опредѣленной закономъ суммой, за которую

---

[25]) *Savigny* V § 211 m—p; *Kierulff*, стр. 223 и сл.; *Sintenis* § 29 пр. 21; *Seuff.* XXX, 204.

[26]) *Savigny* V стр. 41; *Keller* § 80; *Sintenis*, § 29 пр. 14: настоящіе и ненастоящіе штрафные иски.

[27]) *Savigny* II § 73 V § 230 c—e; *Windscheid*, Aktio стр. 27—31.

лицо, совершившее правонарушеніе, откупается отъ частной мести[28]). Однако, это представленіе было вытѣснено другимъ, согласно которому poena должна дать удовлетвореніе закону и только за этимъ — потерпѣвшему. Если же принять въ соображеніе, что частный штрафъ заключалъ въ себѣ для потерпѣвшаго вмѣстѣ съ тѣмъ и вознагражденіе за причиненный ему имущественный ущербъ, то переходъ штрафныхъ притязаній на наслѣдниковъ потерпѣвшаго объяснится самъ собою. Между тѣмъ, позднѣйшее время стало усматривать въ нѣкоторыхъ правонарушеніяхъ личную обиду, за которую обиженному должно быть дано притязаніе объ удовлетвореніи. Сужденіе о наличности и размѣрѣ обиды, а равно и необходимости ея искупленія принадлежитъ здѣсь уже одному потерпѣвшему. Поэтому притязаніе объ удовлетвореніи становится въ тѣсную связь съ лицомъ потерпѣвшаго[29]). Осуществленіе этого притязанія доставляетъ потерпѣвшему также имущественную выгоду. Но не это послѣдствіе опредѣляетъ сущность притязаній объ удовлетвореніи; выгода служитъ лишь средствомъ къ цѣли, которая состоитъ въ искупленіи[30]). Цѣль искупленія присоединяется къ цѣли штрафа и вознагражденія, какъ третій членъ[31]). Штрафъ присуждается, прежде

---

[28]) *Jhering*, Geist I § 11a.

[29]) L 8 pr. de inoff. testm. 5, 2: inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim injuria est. L 22 pr. eod.

[30]) Cicero pro Caecina c. 12 i. f.: actio injuriarum... dolorem imminutae libertatis judicio poenaque mitigat.

[31]) Injuriarum actio L 2 § 4 de collat. bon. 37, 6: magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem actio sepulchri violati, L 20 § ult. A. v. O. H. 29, 2: poenam et vindictam quam rei persecutionem continet. L 6 de sepulc. viol. 47, 12: cum... magis ad ultionem pertineat. L 10

всего, въ виду правонарушителя, вознагражденіе и искупленіе — въ виду потерпѣвшаго. Въ пріобрѣтеніи притязанія объ удовлетвореніи нѣтъ приращенія имущества [32]), въ утратѣ его — нѣтъ уменьшенія [33]). Поэтому, притязанія, о которыхъ идетъ рѣчь, не переходятъ на наслѣдниковъ потерпѣвшаго [34]) и не могутъ быть уступлены другимъ лицамъ [35]).

Новѣйшіе юристы называютъ эти притязанія actiones vindictam spirantes, по-нѣмецки «въ высшей степени личными притязаніями объ удовлетвореніи» (höchstpersönliche Genugthuungsansprüche). Оставляя въ сторонѣ тѣ изъ этихъ притязаній, которыя устарѣли, мы назовемъ: actio injuriarum, прообразъ всѣхъ; querela inofficiosi testamenti,—«искъ наслѣдника о причиненной ему наслѣдодателемъ обидѣ» (Ihering), — и родственную ей querela inofficiosae donationis vel dotis, — возвратъ даренія за неблагодарность; притязаніе по поводу оскорбленія могилы; право на штрафъ за причиненную боль (Schmerzengeld) [36]).

---

cod. Отозваніе дара C. 7 § 3 de revocand. donat. 8, 55 (56): ut vindicationis tantum habeat effectum.

[32]) L 2 § 4 de collat. bon. 37, 6: actio injuriarum не составляетъ вовсе предмета collatio, напротивъ, actio furti — составляетъ. L 28 de iujur. 47, 10 L 20 § ult. A. v. O. H. 29, 2.

[33]) Отказъ отъ этого штрафа не создаетъ права оспаривать его, указаніемъ на злоумышленное причиненіе вреда патрону или кредитору (L 1 § 8 si quid in fraud. patr. 38, 5); пропущеніе срока вслѣдствіе отсутствія не даетъ притязанія на реституцію (L 6 de sep. viol. 47, 12).

[34]) § 1 I. de perp. act. 4, 12 L 13 pr. de iniur. 47, 10 L 6 § 2 de inoff. test. 5, 2 C. 7 § 3 C. 10 § 2 de revoc. donat. 8, 55 (56) и др. Seuff. XXIII 233.

[35]) Нужно допустить несмотря на молчаніе источниковъ. *Windscheid* § 335 пр. 1, 2. Сомнѣніе выражаетъ *Brinz* II § 285 пр. 26.

[36]) Если бы можно было говорить о *правѣ* на денежную пеню

Въ силу особенностей притязаній, направленныхъ на удовлетвореніе, наслѣдники потерпѣвшаго могутъ осуществлять ихъ только тогда, когда послѣдній какимъ-либо способомъ обнаружилъ свое намѣреніе потребовать удовлетвореніе и лишь вслѣдствіе своей смерти не успѣлъ осуществить притязаніе. Но этотъ выводъ признается открыто лишь для наслѣдственныхъ querelae; для actio injuriarum онъ отвергается [37]): этотъ искъ считается наслѣдственнымъ только съ началомъ процесса [38]). Аналогично слѣдуетъ обсуждать и прочія actiones vindictam spirantes, и притомъ: по аналогіи съ actio injuriarum — штрафныя притязанія, по аналогіи съ querelae — право дарителя на возвратъ дара. Такъ, по крайней мѣрѣ, нужно думать на основаніи разума законовъ [39]).

IV. Actiones duplices [40]). Согласно обыкновенному

(Busse), то и его слѣдовало бъ отнести сюда же (stPO. 444 Abs. 4). Однако, это право очень сомнительно *Kohler*, Patentrecht стр. 641 и сл., 656 и сл. Многіе къ actiones vindictam spirantes причисляютъ также actio calumniae, въ силу L 4 de calumn. 3, 6, и actio in factum въ случаѣ препятствованія къ погребенію, напримѣръ, *Savigny* V стр. 200; *Vangerow* I § 145. Однако въ отношеніи первой сомнѣніе вызываетъ L 7 § 1 eod.; недопущеніе же наслѣдованія во второй казалось страннымъ уже Гаю. L 9 de relig. 11, 7.

[37]) L 6 § 2 L 7, 15 § 1 de inoff. testm. 5, 2 — L 28 de injur. 47, 10 L 10 § 2 si quis caut. 2, 11.

[38]) § 1 I. de perp. act. 4, 12 CPO. § 239. Ср. ниже § 194.

[39]) C. 10 § 2 de revoc. donat. 8, 55 (56): si ipse qui hoc passus est tacuerit, silentium ejus maneat semper. C. 1 eod.: mutata patronorum voluntate. Savigny IV § 169 c.; *Windscheid*, Aktio стр. 28 Pand. § 367 пр. 19; *Pollack*, Der Schenkungswiderruf (1886) стр. 52 пр. 92.

[40]) *Windscheid*, Aktio, стр. 27 пр. 3, Pand. § 127 пр. 2; *Jhering*, Geist III § 52 при прим. III и сл.; *Eck*, Die sog. doppelseitigen Klagen (1870), о чемъ *Göppert*, Krit. VJSchr. XIV стр. 532—561; *Krüger*, Kritische Versuche im Gebiet des romischen Rechts (1870) стр. 88—112; *Bekker*, Aktionen I стр. 229—245, II стр. 65 и сл.; *Ubbelohde*, Die Interdicte des röm. Rechts (*Glücks*, Pandektenkommentar, Serie der Bücher 43 и 44) I стр. 271—295.

порядку гражданскаго процесса, положеніе спорящихъ сторонъ строго разграничено. Только одна сторона является нападающей, только она хочетъ добиться чего-либо съ помощью суда, хотя бы даже одного признанія своего права. Другая сторона подвергается только нападенію и ограничивается отраженіемъ направленныхъ противъ нея ударовъ. Первая добивается только осужденія, вторая же — только оправданія.

Въ противоположность этому, процессы по нѣкоторымъ правамъ не представляютъ такого рѣзкаго и опредѣленнаго распредѣленія ролей сторонъ, напримѣръ, процессы о раздѣлѣ. Участвующія въ нихъ лица выступаютъ, правда, въ роли истца и отвѣтчика, но лишь для упорядоченія процесса. На самомъ же дѣлѣ каждая сторона преслѣдуетъ одну и ту же цѣль, каждая съ помощью судьи хочетъ получить то, что принадлежитъ ей, каждая, въ одно и то же время, является и нападающей и подвергающейся нападенію [41]). И это происходитъ не потому, чтобы отъ сторонъ зависѣло соединять съ однимъ процессомъ другой, а по юридической необходимости. Ни одинъ участникъ не можетъ добиться своего права, не вызвавъ другаго участника къ осуществленію его права [42]). Вслѣдствіе того, что положеніе оказывается, въ матеральномъ отношеніи одинаковымъ, одно и то же распредѣленіе ролей сто-

---

[41]) L 10 fin. reg. 10, 1: Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae partes duplex jus habeant agentis et eius cum quo agitur. L 13 de judic. 5, 1: par causa omnium videtur Gai IV. 160 (объ этомъ § 7 I. de interd. 4, 15).

[42]) Въ этомъ заключается отличіе даннаго процесса отъ соединенія двухъ процессовъ въ одинъ путемъ встрѣчнаго иска.

ронъ опредѣляется случаемъ, именно тѣмъ, кто прежде начнетъ процессъ, а когда процессъ возбужденъ одновременно нѣсколькими лицами, — вопросъ разрѣшается жребіемъ [43]). Поэтому, стороны имѣютъ въ процессѣ о раздѣлѣ равныя права и обязанности [44]), и процессъ можетъ окончиться осужденіемъ какъ истца, такъ и отвѣтчика.

Источники говорятъ въ подобныхъ случаяхъ о двусторонней природѣ actio или judicium и приписываютъ эту природу тремъ, такъ называемымъ, раздѣлительнымъ искамъ: actio communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum [45]), а также — interdicta retinendae possessionis [46]). Почему? Отвѣтъ на этотъ вопросъ получится изъ болѣе обстоятельнаго разсмотрѣнія сущности этихъ исковъ.

1. Въ процессѣ о раздѣлѣ всѣ участники преслѣдуютъ одинаковую цѣль, насколько производство направлено здѣсь на раздѣлъ общаго имущества. Каждый хочетъ изъ прежняго общенія въ правѣ добиться для себя отдѣльнаго единичнаго права, которое должно достаться ему, сообразно его долѣ въ цѣломъ. Отвѣтчикъ въ этихъ предѣлахъ становится истцомъ, для чего съ его стороны не требуется никакого особаго дѣйствія. Уже въ этомъ выражается двусторонняя природа разсматриваемаго иска. Но процессъ о раздѣлѣ имѣетъ въ виду

---

[43]) L 13, 14 de judic. 5, 1.

[44]) L 44 § 4 fam. erc. 10, 2.

[45]) L 10 fin—reg. 10, 1 (пр. 41) L 23 L 44 § 4 fam. erc 10, 2.

[46]) Gai IV. 156, 160 L 2 pr. de interd. 43, 1 L 3 § 1 uti poss. 43, 17. Также L 1 § 2 de superf. 43, 18 L 1 § 26 de aqua cott. 43, 20. Ср. *Ubbelohde*, указ. соч. 286 и сл., *Pflüger*, Die sog. Besitzklagen (1890) стр. 272.

полное разрѣшеніе между участниками отношеній, вытекающихъ изъ общенія. Съ этой цѣлью онъ долженъ быть устроенъ такъ, чтобы удовлетворить участниковъ и по отдѣльнымъ одностороннимъ притязаніямъ, возникающимъ для нихъ изъ производства издержекъ на общее имущество, изъ обогащенія или задолжанія, — это, такъ наз. praestationes personales. Такая возможность была дана уже въ римскомъ формулярномъ процессѣ [47]). Она открыта и въ настоящее время. Теперь только это соединенное производство не отличается существенно отъ допускаемаго и въ другихъ случаяхъ присоединенія къ одному юридическому спору другаго путемъ встрѣчнаго иска.

Равнымъ образомъ, искъ объ одностороннемъ выдѣлѣ изъ полнаго торговаго товарищества, согласно HGB. Art. 130, можетъ повести за собою и осужденіе истца [48]), такъ какъ въ своемъ результатѣ этотъ искъ стоитъ въ зависимости отъ состоянія имущества товарищества.

2. Interdicta retinendae possessionis [49]) имѣли, если не единственной, то все-таки обычной цѣлью — опредѣленіе роли сторонъ въ спорѣ о правѣ. Издавая свой приказъ о возстановленіи мира, преторъ не зналъ, которая изъ сторонъ была нарушительницей мира, не владѣвшей данной вещью. Поэтому онъ долженъ былъ направлять свой интердиктъ на обѣ стороны: интердиктъ по необходимости являлся duplex (uti possidetis, utrubi hic homo fuit). Равнымъ образомъ, и

---

[47]) L 22 § 4 fam. erc. 10 2 L 4 § 3 comm. div. 10, 3. O formulae Lenel, Edict. perp. § 80—82.

[48]) *Behrend*, Lehrb. des Handelsr. I стр. 558.

[49]) Gai IV 148 § 4 I. de interd. 4, 15 L 1 § 2, 3 uti possid. 43, 17. Объ этомъ *Pflüger*, Die sog. Besitzklagen стр. 8, но также *Bekker* Iher. Iahrb. XXX стр. 259 и сл.

въ слѣдующемъ затѣмъ процессѣ, производившемся посредствомъ, sponsiones, judex долженъ былъ рѣшить: uter possiderit[50]). Сомнительно только то, обладаетъ ли двусторонней природой и искъ о владѣніи, заступившій въ правѣ Юстиніана мѣсто interdictum uti possidetis, а тѣмъ болѣе — и современный искъ о владѣніи. Спорно также самое существо этихъ новыхъ владѣльческихъ средствъ защиты. Подробности касаются ученія о владѣніи[51]).

Въ силу положительнаго предписанія права, двусторонней была rei vindicatio въ процессѣ per legis actiones; тамъ, въ видѣ защиты противъ притязанія о собственности, допускалось только утвержденіе своего права[52]). Однако, rei vindicatio утратила этотъ характеръ уже въ формулярномъ процессѣ; тѣмъ болѣе, о немъ не можетъ быть рѣчи въ современномъ правѣ.

Д) Осуществленіе правъ.

§ 46.

1. Понятіе, объемъ, представительство*).

I. Права не служатъ цѣлью сами для себя. Они являются лишь средствомъ къ цѣли. Они должны

---

[50]) Gai IV 166a L 35 de poss. 41, 2 *Jhering*, въ своихъ Iahrb. XXIII стр. 255 и сл. Не такъ безусловно *Brinz* 2. A. § 181 пр. 17 и 25.

[51]) Ср. пока *Brinz* § 182 пр. 14 и сл., который высказывается за, и *Krüger*, указ. соч. стр. 109 и сл., — противъ. О судьбѣ interdicta retinendae possessionis вообще см. *Pflüger*, Besitzklagen стр. 327 и сл.

[52]) Gai. IV. 16. *Jhering*, Geist III § 52 пр. 114. Противъ оспариванія со стороны *Lotmar*, Zur legis actio sacramento in rem (1876) ср. *Brinz*, Zur Contravindikation in der leg. act. sacram. (Праздничный подарокъ въ день докторскаго юбилея L. v. Spengel 1877) стр. 95 и сл. и *Eisele*, Krit. VJSchrift. XIX стр. 512 и сл.

*) *Wächter*, Württ. PR. II § 32; *Krainz*, System des allg. österr. PRS. I стр. 245—248.

обезпечивать пользованіе извѣстнымъ жизненнымъ благомъ или исполненіе извѣстной жизненной задачи. Въ нихъ содержится полномочіе на осуществленіе такихъ дѣйствій, которыя служатъ предположенной цѣли (uti, frui, imperare, vetare), а также — полномочіе на осуществленіе права въ отношеніи противной стороны (interpellare, persequi). Въ осуществленіи этихъ полномочій лежитъ осуществленіе права [1]).

Право, осуществляясь, получаетъ практическое значеніе. Осуществленіе права можетъ быть на время пріостановлено: напримѣръ, осуществленіе сервитута пріостанавливается во время затопленія участка, церковное право патроната пріостанавливается, если оно достается нехристіанину. Однако, если возможность осуществленія прекращается на продолжительное время, то прекращается и самое право [2]).

Не всѣ права допускаютъ многократное осуществленіе. Нѣкоторыя исчерпываются единичнымъ актомъ нормальнаго осуществленія; таково большинство правъ по обязательствамъ. Это важно для

---

[1]) Можно также различать осуществленіе права (Ausübung) отъ приведенія его въ дѣйствіе (Geltendmachung), при чемъ въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣло лишь съ мирнымъ, а во второмъ — со спорнымъ дѣйствіемъ. Такъ *Brinz*, указ. соч. *Kuntze*, Die Obligationen im röm. und heut. Recht стр. 69 допускаетъ даже три «ступени въ понятіи»: осуществленіе (Ausübung), приведеніе въ дѣйствіе (Geltendmachung) и преслѣдованіе (Verfolgung). *Thon*, Rechtsnorm, стр. 288 и сл. споритъ противъ того, чтобы относить къ осуществленію права дѣйствія, въ которыхъ выражается пользованіе даннымъ благомъ.

[2]) При реальныхъ сервитутахъ прекращеніе права связывается уже съ препятствованіемъ его осуществленію въ теченіе давностнаго срока L. 14 pr. quemadm. serv. amitt. 8, 6. Еще менѣе способенъ противостоять продолжительному отдѣленію осуществленія узуфруктъ L 23, 24 quib. mod. usufr. 7 4.

вопроса, на какія права распространяется владѣніе, такъ какъ владѣніе предполагаетъ продолжительность внѣшняго проявленія права.

II. Осуществленіе гражданскаго права есть только полномочіе, а не юридическая обязанность. Поэтому, кто не осуществляетъ своего права, вовсе не совершаетъ недозволеннаго дѣянія. Только съ неосуществленіемъ права въ теченіе продолжительнаго времени могутъ быть связаны извѣстныя убыточныя послѣдствія, — даже погашеніе права или притязанія. Но и эти убыточныя послѣдствія не носятъ характера наказанія (штрафа).

Осуществленіе можетъ удовлетворять интересу третьяго лица, а воздержаніе — вредить. Однако, этотъ интересъ, самъ по себѣ, не создаетъ вообще никакого права — требовать осуществленія, и никакой юридической обязанности — совершить его. Напримѣръ, кредиторъ не можетъ принудить должника вступить въ наслѣдство, хотя бы отъ этого зависѣло удовлетвореніе по его праву требованія [3]). Лишь въ видѣ исключенія, право предоставляетъ заинтересованному третьему лицу возможность требовать отъ кого-либо осуществленія его права [4]).

III. Вообще, къ осуществленію права примѣняет-

---

[3]) *Jhering*, въ своихъ Iahrb. X стр. 313. Поэтому ошибочно положеніе: Quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id potes compelli.

[4]) Такъ, универсальный фидеикоммиссарій можетъ принудить наслѣдника къ вступленію въ наслѣдство (SCm Pegasianum § I 6 de fideic. heredit. 2, 23). Примѣръ посредственнаго принужденія въ L 35 pr. de usufr. 7, 1. Не подлежитъ сомнѣнію, что эти исключенія de lege ferenda заслуживаютъ распространенія, напримѣръ, въ пользу конкурсныхъ кредиторовъ для принужденія должника къ вступленію въ наслѣдство. О дѣйствующемъ правѣ по этому вопросу ср. *Wilmowski* Die deutsche Reichskonkursordnung § 1 (2 Aufl. стр. 59).

ся основное начало, согласно которому уполномоченный можетъ осуществлять вполнѣ свое право, хотя бы другіе и терпѣли отъ этого невыгоды. Насколько управомоченный поступаетъ согласно своему праву, на столько онъ можетъ даже нарушать сферу чужихъ интересовъ. Онъ не можетъ лишь нарушить сферу чужихъ правъ. Поэтому говорятъ правильно: qui jure suo utitur, neminem laedit[5]). Собственникъ земельнаго участка, который строитъ на своей землѣ домъ и этимъ загораживаетъ сосѣднему участку свѣтъ, вредитъ сосѣду; однако же, онъ лишаетъ его лишь фактической выгоды, на которую сосѣдъ не имѣлъ права и которою онъ пользовался только потому, что собственникъ не дѣлалъ полнаго употребленія изъ своего права[6]). Если сосѣдъ имѣетъ право на то, чтобы собственникъ воздержался отъ извѣстнаго дѣйствія, напримѣръ, право сервитута, то юридическая сфера собственника будетъ ограничена и не обниметъ собою дѣйствія, воздержаніе отъ котораго составляетъ предметъ сервитута. Такой собственникъ воздерживается отъ дѣйствія не только потому, что оно причиняетъ другому вредъ, и не только въ предѣлахъ причиненія этого вреда.

Тѣмъ не менѣе существуютъ границы, далѣе которыхъ не допускается распространеніе правового господства въ смыслѣ безпощаднаго индивидуализма.

---

[5]) L 55, 151, 155 § 1 R. J. 50, 17 L 29 § 7 i. f. ad leg. Aq. 9, 2. Ср. съ послѣдующимъ изложеніемъ *Steinbach*, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden стр. 6 и сл. (1888).

[6]) L 1 § 11, 21 de aqua 39, 3 L 24 § 12 L 26 de damno inf. 39, 2. C. 10 de serv. 3, 34; Seuff. XXXIX 90.

1. Нѣкоторыя права должны быть осуществляемы съ пощадой того, кого они ограничиваютъ, насколько управомоченный не лишается отъ этого практическихъ выгодъ своего права. Такъ, право сервитута должно осуществляться съ пощадой собственника, сособственность — съ пощадой сособственниковъ [7]).

2. Дѣйствіе, входящее, само по себѣ, въ правовую сферу даннаго лица, не становится противозаконнымъ только оттого, что оно не приноситъ пользы управомоченному и причиняетъ вредъ другому. Печать противозаконности не кладется на него и тѣмъ обстоятельствомъ, что побудительной причиной его служитъ для управомоченнаго намѣреніе причинить вредъ другому. Поэтому, правомѣрность дѣйствія, которымъ осуществляется право, не можетъ быть оспариваема доказательствомъ злаго умысла или требованіемъ присяги. Однако, если злая воля обнаруживается изъ обстоятельствъ дѣла съ такой несомнѣнностью, что иной побудительной причины къ дѣйствію не оказывается, то правовой порядокъ отказываетъ въ защитѣ подобному осуществленію права, ибо malitiis non est indulgendum. Напримѣръ, судья не вправѣ отклонить искъ потому, что кредиторъ можетъ обойтись безъ требуемой имъ суммы денегъ, тогда какъ должникъ безъ вины съ своей стороны впалъ въ нужду, - если бы даже предположеніе злой воли въ лицѣ кредитора было основательно. Но если владѣлецъ дома хочетъ соскоблить устроенную имъ фресковую живопись передъ тѣмъ, какъ

---

[7]) l. 9 de serv. 8, 1 (ссылка на волю установителя представляется неудачной попыткой конструкціи) L 20 § 1 SPU. 8, 2; l. 13 § 1 L 26 eod. L 28 comm. div. 10, 3 L 41 de dam. inf. 39, 2; Seuff. XXXI 118 и мотивы.

передать домъ собственнику, то противъ него вступаетъ въ силу jus tollendi, принадлежащее собственнику [8]). Несомнѣнно, нуженъ особый тактъ для того, чтобы не нарушать самостоятельности права въ стремленіи удовлетворить требованіямъ нравственности (§ 10). Но съ другой стороны было бы недостойно права брать подъ свою защиту такія дѣйствія, которыя попираютъ требованія нравственности.

Существуетъ цѣлый рядъ особыхъ предписаній, имѣющихъ цѣлью воспрепятствовать злонамѣренному осуществленію права. Однако, эти предписанія не могутъ быть сведены въ одно общее правило, тѣмъ болѣе, что они не вполнѣ ограничены даже предположеніемъ злой воли [9]).

IV. Нѣкоторыя права вообще не допускаютъ осуществленія черезъ другихъ лицъ, помимо управомоченныхъ; таковы — семейственныя права, право совершать завѣщаніе, право голоса въ общемъ со-

---

[8]) Такъ Cels. L 38 RV. 6, 1. Ср. Ulp. L 1 § 12 de aqua 39, 3, Paul. L 2 § 9 eod. Разсматривать эти рѣшенія какъ простыя исключенія (*Wächter*, Württ. PR. II стр. 195 пр. 10; Unger I стр. 616; *Bekker* § 22 Beil. I), значитъ — противорѣчить стремленію римской юриспруденціи къ проведенію въ право aequitas. *Pernice*, Labeo II стр. 13 и сл.; *Binding*, Normen II стр. 296 и сл.; *Windscheid* § 121 пр. 3; *Dernburg* I § 41 пр. 7. Что касается практики, то рѣшенія, въ которыхъ она идетъ противъ злонамѣреннаго осуществленія права (*Seuff.* XXXII 204 XXXV 273 XXXVII 292 XLV 167), имѣютъ больше доказательной силы, чѣмъ тѣ, въ которыхъ она отказывается стать на эту точку зрѣнія, ибо въ послѣднемъ случаѣ остается сомнительнымъ, отрицаетъ ли судья вовсе правило — malitiis non est indulgendum — или же не находитъ только фактическихъ предположеній для его примѣненія *Seuff.* XXI 192 XXXI 118.

[9]) Edictum si quis omissa causa testamenti possideat hereditatem (Dig. 29, 4), actio Pauliana, exceptio divisionis, excussionis, jus offerendi и др.

браніи какого-либо общества, принадлежащее дѣеспособнымъ лицамъ [10]).

Иныя права не допускаютъ только передачи осуществленія ихъ другимъ лицамъ въ выгодахъ этихъ самыхъ лицъ; таковы, напримѣръ, usus и реальные сервитуты.

Но большинство правъ допускаютъ осуществленіе черезъ другихъ. Тогда возникаетъ практическій вопросъ, какія дѣйствія другаго лица будутъ имѣть значеніе осуществленія права для лица, которому право принадлежитъ; это можетъ быть важно, напримѣръ, при владѣніи и давности, при охраненіи права отъ погашенія путемъ непользованія. При этомъ слѣдуетъ различать два рода дѣйствія. Осуществленіе права путемъ заключенія юридической сдѣлки (отчужденіе вещи, оповѣщеніе или взысканіе по праву требованія) можетъ быть предпринято только представителемъ. Напротивъ, хозяйственныя дѣйствія (итти, ѣхать, пахать и т. д.) совершаетъ за управомоченнаго, осуществляя его право, всякій, кто предпринимаетъ эти дѣйствія въ интересѣ или съ разрѣшенія управомоченнаго: члены семьи, служащіе и рабочіе, наниматели, арендаторы, т. д. Въ случаѣ реальныхъ сервитутовъ достаточно, чтобы дѣйствіе было предпринято вообще въ пользу господствующаго участка [11]).

---

[10]) Законъ о товариществахъ 1 мая 1889 § 41.

[11]) L 5, 6 pr. L 29—24 quemadm. serv. 8, 6 L 9 de poss. 41, 2 L 1 § 7, 11 l. 3, 4 de itin. actuque priv. 43.19. *Seuff.* II 11 III 11 XII 231 XIV 212 XXIII 214 XXIV 191, 218 XXXV 147 XLII 101.

§ 47.

2. Коллизія правъ при осуществленіи.

Два или нѣсколько правъ могутъ совпадать въ своемъ содержаніи такимъ образомъ, что осуществленіе или, по крайней мѣрѣ, полное осуществленіе каждаго изъ нихъ будетъ невозможно. Права сталкиваются, нѣкоторымъ образомъ, въ пространствѣ; тогда говорятъ, что они вступаютъ въ коллизію. Въ обязательствахъ коллизіи правъ соотвѣтствуетъ и коллизія обязанностей.

Мы знаемъ троякое отношеніе между коллидирующими правами.

I. Одно право является болѣе сильнымъ, чѣмъ другія, и при своемъ осуществленіи оттѣсняетъ послѣднія. Тутъ возможны слѣдующіе случаи:

1. Одно право имѣетъ назначеніемъ ограничивать другое противостоящее ему право, — какъ это мы видимъ, напримѣръ, при ограниченныхъ вещныхъ правахъ въ ихъ отношеніи къ собственности.

2. Между правами, противостоящими другъ другу и не имѣющими въ виду взаимнаго ограниченія, устанавливается предписаніемъ права извѣстный порядокъ послѣдовательности, — въ силу котораго послѣдующее право осуществляется послѣ того, какъ произошло уже удовлетвореніе по предшествующему праву, пользующемуся преимуществомъ, такъ что первое изъ нихъ должно довольствоваться той возможностью осуществленія, которая остается послѣ

---

*) *Thibaut*, Versuche II Nr. 14; *Kierulff* стр. 230—240; *Wächter*, Württ. PR. § 76 (также Pand. § 96 Beil. II); *A. v. Tuhr*, Der Notstanp im Civilr. стр. 15 и сл.

удовлетворенія втораго. Такой порядокъ составляетъ правило въ случаѣ нѣсколькихъ залоговыхъ правъ на одну и ту же вещь. Далѣе, въ конкурсѣ нѣкоторымъ правамъ требованія предоставляется преимущество въ порядкѣ удовлетворенія передъ другими (ККО § 54). Такая же регламентація находитъ себѣ мѣсто и въ другихъ случаяхъ [1]).

II. Встрѣчается и такое отношеніе между коллидирующими правами, что стоящія другъ подлѣ друга права одинаково сильны, но осуществленіе каждаго изъ нихъ ограничивается такимъ образомъ, что каждое право можетъ быть осуществлено въ извѣстной пропорціи. Этотъ принципъ относительнаго (въ извѣстной пропорціи) осуществленія примѣняется, напримѣръ, въ конкурсѣ къ нѣсколькимъ правамъ требованія, принадлежащимъ одному рангу, къ сособственникамъ въ отношеніи нераздѣльнаго пользованія (§ 43 VI 1a), къ нѣсколькимъ однороднымъ сервитутамъ на ту же вещь [2]).

III. Наконецъ, третій случай коллизіи имѣетъ мѣсто тогда, когда стоящія другъ подлѣ друга права одинаково сильны и для нихъ не постановлено относительныхъ ограниченій въ осуществленіи.

Лишь для немногихъ, относящихся сюда, коллизій положительное право опредѣляетъ, что преимущество должно рѣшаться жребіемъ [3]). Въ остальныхъ случаяхъ побѣду одерживаетъ тотъ, кто предупре-

---

[1]) L 11 § 7 de minor. 4, 4 l. 9 § 4 de publ. in rem act. 6, 2 (впрочемъ, съ трудомъ согласимо съ L 31 § 2 AEV. 19, 1.

[2]) L 17 SPR. 8, 3. О коллизіяхъ въ правѣ на клейма *Kohler*, Das Recht des Markenschutzes стр. 251 и сл., въ правѣ на патенты *Kohler* Deutsch. Patentrecht Nr. 95—99.

[3]) § 20 J. de legat. 2, 20 далѣе, L 5 fam. erc. 10, 2 l. 13, 14 de judiciis 5, 1.

ждаетъ другаго въ осуществленіи своего права. Melior conditio est occupantis. А такъ какъ обладающій предметомъ пользованія легче всего можетъ обезпечить починъ за собою, то и формулируется правило, по которому melior est conditio possidentis [4]).

Принципъ предупрежденія (превенціи) является, такъ сказать, грубымъ разрѣшеніемъ коллизіи. Дѣйствіе его нельзя ограничить указанными въ источникахъ случаями. Однако-же, при каждомъ неурегулированномъ случаѣ коллизіи слѣдуетъ обсудить, не даетъ-ли природа даннаго конкретнаго правоотношенія какого-либо инаго разрѣшенія встрѣтившейся коллизіи [5]).

Въ ученіи о коллизіи сохраняются нѣкоторыя традиціонныя заблужденія. Самымъ распространеннымъ изъ нихъ является положеніе, по которому привилегированный — privilegium берется здѣсь въ смыслѣ beneficium juris (§ 23) — не можетъ воспользоваться своимъ преимущественнымъ правомъ противъ одинаково съ нимъ привилегированнаго. Однако, противоположный взглядъ засвидѣтельствованъ намъ источниками [6]). Опорными пунктами для указаннаго заблужденія послужили нѣкоторыя рѣшенія, основанныя на совершенно иномъ соображеніи: воз-

---

[4]) L 9 § 4 de publ. in rem act. 6, 2 съ L 31 § 2 AEv. 19, 1 L 14 pr. de nox. act. 9, 4 L 10 de pecul. 15, 1 L 10, 16 § 8 de pign. 20, 1 L 6 § 7 quae in fraud. cred. 42, 8 L 2 de duob. reis 45, 2; *Seuff.* XII 54 (однородныя права на выкупъ).

[5]) Ср. *Tuhr*, ук. соч. стр. 20. Имперскій конкурсный уставъ въ значительной мѣрѣ ограничилъ принципъ предупрежденія въ отношеніяхъ кредиторовъ по конкурсу.

[6]) Lult. ex quib. caus. maj. 4, 6 (реституція отсутствующаго противъ отсутствующаго) C. 5 ad Sc. Vell. 4, 29 (benef. Sc. Vell. одной женщины противъ другой). *Seuff.* I 155 V 102 VII 141 XX 6 XL 173. Неправильно въ V 101.

становленіе (реституція) прежняго состоянія не должно имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, если противная сторона терпитъ отъ этого ущербъ, по крайней мѣрѣ, равный тому, который подлежитъ устраненію путемъ реституціи [7]).

---

[7]) L 11 § 6 L 34 pr. de minor. 4, 4; *Wächter*, Pand. § 96 Beil. II Nr. 2.

ОПЕЧАТКИ.

Стрн.	*Стрк.*	*Напечатано.*	*Слѣдуетъ читать.*
12	8 снизу	Albecht	Albrecht.
16	1 »	въ отношеній	въ отношеніи
31	5 »	Kosin	Rosin
39	10 сверху	въ patronus	patronus
42	3 »	Pegasianum	Pegasianum,
52	13 »	развить,	развить
55	13 снизу	установленіе	установленіи
67	9 »	consuctuine	consuctudine
83	12 сверху	указывать	указываетъ
84	8 снизу	Sem	Scm
87	15 сверху	b	B.
91	18 »	c	C.
116	12 снизу	3)	5)
119	5 сверху	3)	4)
123	7 »	d)	D)
130	18 снизу	o)	3)
—	15 »	3)	5)
152	2 »	G)	L)
157	3 »	Lc)	Sc)
172	4 сверху	e.	E.
184	10 »	III	3.
—	11 »	Право	Правоспособность
285	17 снизу	D.	E.

КОМИССІЯ ПО ОРГАНИЗАЦІИ ДОМАШНЯГО ЧТЕНІЯ,

СОСТОЯЩАЯ ПРИ УЧЕБНОМЪ ОТДѢЛѢ ОБЩЕСТВА РАСПРОСТРАНЕНІЯ ТЕХНИЧЕСКИХЪ ЗНАНІЙ.

Москва, Большая Никитская, домъ Рихтеръ, кв. № 3.

ПРОГРАММЫ ДОМАШНЯГО ЧТЕНІЯ

НА II-й ГОДЪ СИСТЕМАТИЧЕСКАГО КУРСА,

цѣна **40** к., съ перес.—**58** к., наложеннымъ платежомъ—**75** к.

ПРОГРАММЫ I ГОДА —Ц. 25 к., съ перес.—35 к., наложеннымъ платежомъ—50 коп.

Правила для сношеній читателей съ Комиссіей.

1) Читатели могутъ пользоваться руководствомъ Комиссіи: a) обращаясь къ Комиссіи за разъясненіемъ встрѣтившихся при чтеніи недоразумѣній и возникшихъ при занятіяхъ поставленными темами вопросовъ; b) представляя Комиссіи краткіе отчеты о прочитанномъ въ формѣ конспектовъ или отвѣтовъ на провѣрочные вопросы, поставленные Комиссіей; c) представляя на просмотръ и оцѣнку Комиссіи болѣе или менѣе обширныя и самостоятельныя письменныя работы.

2) Желающіе пользоваться указаніями Комиссіи въ означенныхъ предѣлахъ уплачиваютъ: при занятіяхъ по программамъ систематическаго чтенія (науки математическія, физико-химическія, біологическія. философскія, общественно-юридическія, исторія и исторія литературы)—по 3 рубля за годичный курсъ по каждому изъ этихъ семи отдѣловъ; при занятіяхъ по этнографіи и по каждой изъ отдѣльныхъ темъ—по 1 руб. Читатели, выбирающіе какую-либо часть одного изъ перечисленныхъ семи отдѣловъ (напр., химію, педагогику, русскую исторію и т. п.), платятъ какъ за руководство по отдѣльной темѣ (т. е. 1 р.). Нормой времени для прохожденія отдѣла принято 4 годичныхъ курса, при чемъ теченіе каждаго годичнаго срока считается съ мѣсяца записи въ число читателей. Читателю, не успѣвшему къ сроку закончить прохожденіе назначенной на 1 годъ части курса и сообщившему въ концѣ годового срока Комиссіи о ходѣ своихъ занятій, срокъ можетъ быть продолженъ безъ новаго взноса.

Примѣчаніе. Лица, не могущія уплачивать означенныхъ взносовъ по недостатку средствъ, могутъ быть освобождаемы отъ платы за пользованіе руководствомъ Комиссіи, по представленіи объясненій о своемъ имущественномъ положеніи.

3) Читатели имѣютъ право получать письменные отвѣты на свои обращенія къ Комиссіи, по возможности, не позднѣе двухъ недѣль. **На каждый отвѣтъ должна быть прилагаема почтовая марка:** въ противномъ случаѣ Комиссія не беретъ на себя обязательства отвѣчать.

4) Для большей успѣшности руководства, занимающіеся приглашаются сообщать. кромѣ своего имени и адреса, съ обозначеніемъ отдѣла или отдѣловъ, по которымъ они хотятъ заниматься: a) возрастъ, b) какое и гдѣ получили образованіе. c) общественное положеніе, d) главное занятіе, e) знаютъ ли иностранные языки и какіе.

5) Комиссія предлагаетъ лицамъ, занимающимся подъ ея руководствомъ слѣдующія льготныя условія по пріобрѣтенію книгъ черезъ ея посредство:

a) Комиссія принимаетъ на себя порученія по покупкѣ всѣхъ книгъ, указанныхъ въ программахъ (какъ необходимыхъ, такъ и рекомендуемыхъ и справочныхъ) и находящихся въ продажѣ, съ уплатой *въ разсрочку*. При покупкѣ

книгъ, отмѣченныхъ въ Программахъ звѣздочкой, нужно высылать при заказѣ не менѣе 80% ихъ стоимости, а при покупкѣ прочихъ—не менѣе 80%. При этомъ читатели пользуются уступкой съ номинальной стоимости книгъ въ такомъ размѣрѣ, какой условленъ Комиссіей съ различными книгопродавцами.

b) Книги, отмѣченныя въ Программахъ звѣздочкой, читатели могутъ возвращать по минованіи надобности, *получая обратно* стоимость книгъ, за вычетомъ по 5% съ ихъ *номинальной цѣны* за каждый мѣсяцъ, въ теченіе котораго книга находилась у читателя; такимъ образомъ, книга, стоящая 1 рубль, по истеченіи мѣсяца со дня полученія ея читателемъ принимается обратно за 95 коп., по истеченіи 2 мѣс.—за 90 коп. и т. д. По истеченіи 20 мѣсяцевъ книга обратно не принимается.

c) По желанію, книги могутъ быть высылаемы въ переплетахъ; стоимость переплетовъ—20—25 коп. При выпискѣ книгъ необходимо отмѣчать, какія должны быть въ переплетахъ. Обратно принимаются только переплетенныя книги.

Примѣчаніе. Теченіе сроковъ начинается съ 1-го и 15-го чиселъ, слѣдующихъ за высылкой книгъ читателямъ. **Всѣ почтовые расходы по пересылкѣ книгъ должны быть оплачиваемы читателями.** Книги должны быть возвращаемы назадъ въ полной исправности и безъ помарокъ, съ указаніемъ фамиліи и адреса лица, которое возвращаетъ книги.

6) Лица, записавшіяся на руководство Комиссіи, но въ продолженіе года со времени вступленія въ число читателей не выписывавшія книгъ или не дававшія никакихъ свѣдѣній о ходѣ своихъ занятій, считаются выбывшими изъ числа читателей.

7) Въ промежутокъ отъ 15 мая до 15 сентября прекращаются письменныя сношенія Комиссіи съ читателями, касающіяся руководства занятіями, всякаго рода разъясненій, провѣрки письменныхъ отвѣтовъ и т. п. Прочія же сношенія (запись въ число читателей, высылка книгъ, полученіе ихъ отъ читателей обратно и т. п.) продолжаются **круглый годъ.**

Независимо отъ изложеннаго порядка содѣйствія со стороны Комиссіи по пріобрѣтенію книгъ читателями, Комиссія въ настоящее время находитъ возможнымъ для удобства и въ интересахъ занимающихся подъ ея руководствомъ лицъ составлять и высылать имъ тотъ или другой подборъ указанныхъ въ ея „программахъ" книгъ на слѣдующихъ, временно установленныхъ, условіяхъ:

1) Книги выбираются или по усмотрѣнію Комиссіи, или по желанію занимающихся подъ ея руководствомъ читателей. Въ послѣднемъ случаѣ Комиссія оставляетъ за собой право ограниченія такого выбора.

2) Книги отпускаются и обратно принимаются Комиссіей не иначе, какъ безъ помарокъ и переплетенными.

3) Книги высылаются по требованію не отдѣльнаго лица, а лишь группы лицъ, занимающихся (хотя бы и по различнымъ отдѣламъ) подъ руководствомъ Комиссіи, которая всѣ сношенія съ означенной группой ведетъ черезъ одно лицо, входящее въ составъ группы и несущее всю отвѣтственность за группу въ ея обязательствахъ передъ Комиссіей.

4) Всѣ расходы по пересылкѣ книгъ означенная группа принимаетъ на себя.

5) Высылаемыя Комиссіей книги считаются купленными поименно извѣстными ей читателями, составляющими группу; при покупкѣ читатели уплачиваютъ 20% номинальной стоимости книгъ въ видѣ задатка.

6) Книги могутъ быть возвращены Комиссіи, которая обязывается въ этомъ случаѣ возвратить задатокъ, удержавъ изъ него лишь то, что причтется за книги испорченныя или невозвращенныя и, сверхъ того, 24% годовыхъ на общую номинальную стоимость забранныхъ книгъ въ погашеніе расходовъ Комиссіи. Сумму, превышающую размѣръ задатка, лица, пользовавшіяся книгами, обязаны уплатить Комиссіи.

7) Удерживать книги разрѣшается не долѣе 6 мѣсяцевъ со дня ихъ полученія, при чемъ, однако, лица, желающія воспользоваться ими болѣе продолжительное время, могутъ ходатайствовать объ этомъ передъ Комиссіей. Въ противномъ случаѣ книги считаются окончательно купленными, и лица, удержавшія ихъ для себя, должны немедленно же, по истеченіи означенныхъ 6 мѣсяцевъ пользованія ими, произвести окончательный расчетъ съ Комиссіей, при чемъ Комиссія дѣлаетъ съ номинальной стоимости книгъ ту скидку, какая условлена съ книжными магазинами, доставляющими книги.